

CAIO PAIVA
THIMOTIE ARAGON HEEMANN

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

**Revista,
atualizada
e ampliada**



3ª edição | 2020

Resumos, comentários e destaques da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dos Comitês da ONU, da Corte Internacional de Justiça e de Tribunais Penais Internacionais.

EDITORA
CEI

Nota dos autores à segunda edição

O estudo da jurisprudência internacional de direitos humanos tem se tornado cada vez mais indispensável, tratando-se de um conhecimento que se conecta com os mais diversos ramos do Direito. Alguns direitos, aliás, somente podem ser compreendidos, atualmente, a partir de um diálogo com a jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos, tais como aqueles conferidos às pessoas privadas de liberdade, aos povos indígenas e tradicionais, aos refugiados, aos grupos minoritários, entre outros.

Agradecendo a excelente acolhida da 1ª edição do nosso trabalho, apresentamos ao público – após um longo período de pesquisa e reflexões – a 2ª edição da obra *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*, atualizada e ampliada.

Embora tenhamos um carinho especial pela 1ª edição deste livro, consideramos que ela foi um *experimento*, tanto que chegou ao leitor com alguns erros de digitação e de diagramação, todos devidamente corrigidos nesta 2ª edição, que classificamos, agora, como profissional, resultado de um processo complexo e demorado de produção editorial.

O conteúdo do livro foi substancialmente ampliado, com acréscimo de mais de 50 novos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), assim como dos comentários de todas as suas opiniões consultivas. Também inserimos mais casos apreciados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) e pelo Tribunal Penal Internacional (TPI). Outra novidade que o leitor encontrará nesta 2ª edição é um anexo contendo quadros-resumo de fichamento de todos os casos, conteúdo que auxiliará principalmente os concurseiros numa revisão para as provas.

Comparando a 1ª edição com a 2ª, tivemos um aumento de mais de 500 páginas.

O livro se destina tanto a profissionais quanto a quem se prepara para os concursos públicos, que cada vez mais têm cobrado o conhecimento da jurisprudência internacional. Além disso, a obra pode ser utilizada na graduação e em cursos de pós-graduação como leitura complementar de Direitos Humanos, Direito Constitucional, Direito Processual Penal, assim como para os demais ramos do Direito que recebem uma influência mais constante do que decidem os tribunais internacionais de direitos humanos.

Caio Paiva

Campinas/SP, fevereiro de 2017

Thimotie Aragon Heemann

Porto Alegre/RS, fevereiro de 2017

Nota dos autores à terceira edição

Passaram-se quase três anos desde a última edição deste livro. Circunstâncias pessoais e profissionais fizeram com que não cumpríssemos com o nosso plano de publicar uma nova edição sempre de forma bianual.

O leitor deve imaginar o quanto trabalhoso e demorado é o processo de atualização deste livro, que demanda a leitura e o resumo de decisões redigidas em outro idioma (inglês ou espanhol), além de nos impor uma pesquisa transversal por diversos ramos do Direito para explicar o impacto da jurisprudência internacional de direitos humanos.

De qualquer forma, garantimos ao leitor que valeu a pena esperar, e isso porque conseguimos concluir essa 3ª edição no nosso tempo, sem pressa, cuidando para que o *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos* permanecesse uma obra singular no mercado editorial nacional (e até mesmo estrangeiro).

Vejamos as novidades desta 3ª edição:

- 1) Incluímos os seguintes casos da Corte IDH: a) *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*; b) *Caso Herzog e outros vs. Brasil*; c) *Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua*; d) *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*; e) *Caso Martínez Coronado vs. Guatemala*; f) *Caso Gudiel Álvarez e outros ("Diário Militar") vs. Guatemala*; g) *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*; h) *Caso Lagos del Campo vs. Peru*; i) *Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile*; j) *Caso das Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México*; k) *Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala*; l) *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*; m) *Caso Castañeda Gutman vs. México*; n) *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*; o) *Caso Gutiérrez Hernandez e outros vs. Guatemala*; e p) *Caso Viviana Gallardo e outras vs. Costa Rica*.
- 2) Inserimos os seguintes casos da CIDH relacionados ao Brasil: a) *Caso Carandiru*; e b) *Caso Luiza Melinho*.
- 3) Inserimos os seguintes casos da Corte Internacional de Justiça: a) *Caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)*; e b) *Caso México vs. EUA ("Caso Avena e outros Cidadãos Mexicanos")*.
- 4) Inserimos o *Caso Lula*, objeto de medida provisória do Comitê de Direitos Humanos da ONU.
- 5) Reformulamos o capítulo das opiniões consultivas da Corte IDH, tornando-o mais complexo e compreensível.
- 6) Inserimos os pontos mais importantes dos comentários gerais dos Comitês dos tratados do sistema global de proteção dos direitos humanos.
- 7) Inserimos o tópico "1.2.3. Primeiro acordo de solução amistosa envolvendo o Brasil" no *Caso José Pereira*.
- 8) Inserimos uma "nota explicativa" no início de cada capítulo, explicando brevemente os respectivos tribunais ou órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos e as suas funções.
- 9) Reformulamos o tópico 2.2.4 do *Caso Loayza Tamayo*, sobre vinculação dos relatórios da CIDH.
- 10) Atualizamos o tópico "4.3.3.1. A proposta intermediária: julgamento de civil

pelo juiz auditor em primeira instância” do *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru* com a Lei 13.774/2018, que, alterando o Código de Processo Penal Militar, atribuiu exclusivamente ao juiz federal civil a competência para julgar civil em primeira instância.

- 11) Atualizamos o tópico “6.3.2. Incompetência da Justiça Militar para julgar crime doloso contra a vida de civil cometido por militar” do *Caso Durand e Ugarte vs. Peru* com a Lei 13.491/2017, que, alterando o Código Penal Militar, estabeleceu algumas exceções à regra da incompetência da Justiça Militar para julgar crime de homicídio doloso praticado por militar contra civil.
- 12) Acrescentamos uma nota de rodapé ao *Caso Ivcher Bronstein* para esclarecer que, no sistema global, alguns tratados estabelecem expressamente a possibilidade de os Estados retirarem a aceitação da competência dos Comitês para receberem e processarem petições individuais.
- 13) Reformulamos o tópico 35.2.1 do *Caso Almonacid Arellano* (inauguração do controle do controle de convencionalidade na Corte IDH); para deixá-lo mais completo.
- 14) Inserimos no *Caso do Presídio Miguel Castro Castro* o tópico “36.3.2. Situação prisional de mulheres que ostentam a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade”.
- 15) Esclarecemos e comentamos mais o tópico “39.2.2. Inexistência de litispendência internacional entre procedimentos de relatórios especiais de organismos universais e as demandas da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, do *Caso Povo Saramaka*.
- 16) Excluímos o tópico “39.3.2. Impossibilidade das comunidades tradicionais litigarem em sistemas internacionais de direitos humanos”, que constava na edição anterior, porque em nova reflexão compreendemos que ele não veiculava um entendimento claro.
- 17) Incluimos no *Caso Garibaldi vs. Brasil* o tópico “4.3.1. O descumprimento da decisão da Corte IDH pelo Brasil: um breve comentário ao RESp 1.351.177”.
- 18) Também no *Caso Garibaldi vs. Brasil*, inserimos o tópico “Reconhecimento do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) como grupo vulnerável”.
- 19) Incluimos no *Caso Ruano Torres vs. El Salvador* o tópico “65.3.1. Inconvencionalidade parcial do art. 341, § único, do CPC”.
- 20) Reformulamos o tópico “Medidas provisórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Brasil”, tratado no capítulo “Medidas de urgência no sistema interamericano de proteção de direitos humanos”. Deixamos esse tópico mais contextualizado e também inserimos o subtópico “Controle da ocupação prisional conforme a capacidade do estabelecimento: um breve comentário das medidas provisórias adotadas pela Corte IDH sobre o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”.
- 21) Reformulamos o tópico “Medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Brasil”, adicionando o subtópico “Medidas cautelares envolvendo ameaças a defensores de direitos humanos”.
- 22) Fizemos uma correção importante no último parágrafo do resumo do *Caso Cinco Pensionistas vs. Peru*. Na edição anterior havíamos afirmado ter sido este o primeiro precedente em que a Corte IDH reconheceu uma violação

do art. 26 da CADH, o que – agora corrigido – veio a ocorrer somente no julgamento do *Caso Lagos del Campo vs. Peru*.

- 23) Esclarecemos melhor o entendimento da Corte IDH e da CIDH no tópico “31.2.1. A incompatibilidade do crime de desacato com a liberdade de expressão” do *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, bem como, no mesmo caso, atualizamos o tópico “31.3.1. Inconvencionalidade do crime de desacato e o Direito brasileiro” conforme a jurisprudência recente do STF e do STJ.
- 24) Alteramos o título do tópico “44.3.2. Inconvencionalidade da interpretação dos tribunais superiores que admitem a incidência da Súmula Vinculante nº 5 ao interrogatório de estrangeiro em processo administrativo de expulsão” para “Defesa técnica no processo de expulsão”, atualizando-o à nova lei de migração e ao seu regulamento.
- 25) Incluímos o tópico “5.3.9. Comemoração da implantação da ditadura no Brasil (Golpe de 1964) e ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública da União” no *Caso Gomes Lund*.
- 26) Atualizamos o tópico “70.3.4. Atipicidade da conduta de discriminar alguém em decorrência da sua orientação sexual (homofobia)”, do *Caso Flor Freire vs. Equador*, conforme o julgamento da ADO 26 e do MI 4.733 pelo STF.

Com esta 3ª edição, reafirmamos o nosso compromisso – profissional e acadêmico – com a defesa dos direitos humanos. Esperamos que a obra possa servir aos que se preparam para concursos públicos, aos professores e aos aplicadores do Direito de um modo geral.

Caio Paiva

Campinas/SP, novembro de 2019

Thimotie Aragon Heemann

Campina da Lagoa/PR, novembro de 2019

Sumário

<i>Agradecimentos</i>	3
<i>Nota dos autores à segunda edição</i>	5
<i>Nota dos autores à terceira edição</i>	6
<i>Lista das principais abreviaturas</i>	50
CAPÍTULO 1 - Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos contenciosos contra Estados estrangeiros	53
Nota explicativa sobre a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos .	55
1. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.	57
1.1. Resumo do caso	58
1.2. Pontos importantes.	58
1.2.1. O desaparecimento forçado como uma violação múltipla e continuada dos direitos humanos.	58
1.2.2. Ônus da prova no processo internacional de violação de direitos humanos	58
1.2.3. Utilização de prova indiciária no processo internacional de violação de direitos humanos em caso de desaparecimento forçado	60
1.2.4. A importância da audiência de custódia na prevenção de desaparecimento forçado ...	60
1.3. Conexões com o Direito brasileiro	61
1.3.1. O Brasil e as convenções internacionais sobre o desaparecimento forçado	61
2. Caso Loayza Tamayo vs. Peru	61
2.1. Resumo do caso	61
2.2. Pontos importantes.	62
2.2.1. Impossibilidade de suspensão da garantia do habeas corpus	62
2.2.2. O tratamento diferenciado do bis in idem na CADH.	65
2.2.3. O bis in idem e a independência das instâncias.	65
2.2.4. Superação do entendimento que consagrava a não vinculação das “recomendações” da CIDH	66
2.2.5. Primeiro caso em que a Corte IDH reconheceu o denominado “dano ao projeto de vida”..	68
2.2.5.1. Qual foi a primeira vez que a Corte IDH quantificou o dano ao projeto de vida?	69
2.3. Conexões com o Direito brasileiro	70
2.3.1. O dano ao projeto de vida na jurisprudência brasileira	70
3. Caso Blake vs. Guatemala	70
3.1. Resumo do caso	70
3.2. Pontos importantes	71
3.2.1. Exceção preliminar de ratione temporis no caso de desaparecimento forçado	71
3.2.2. Os familiares da vítima como vítimas do desaparecimento forçado	73
4. Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru	73
4.1. Resumo do caso	73

4.2. Pontos importantes	74
4.2.1. Estrangeiros como sujeitos ativos do crime de traição à pátria	74
4.2.2. Primeiro caso em que a Corte IDH se manifestou quanto ao princípio da legalidade penal	74
4.2.3. Incompetência da Justiça Militar para julgar civil	75
4.2.4. Considerações sobre o direito ao recurso	75
4.2.5. Desnacionalização da proteção internacional dos direitos humanos	75
4.3. Conexões com o Direito brasileiro	75
4.3.1. O crime de traição à pátria no Brasil	75
4.3.2. A Lei 12.694/2012 e a falácia do juiz sem rosto	76
4.3.3. Incompetência da Justiça Militar para julgar civil e o cenário brasileiro	76
4.3.3.1. A proposta intermediária: julgamento de civil pelo juiz auditor em primeira instância	77
4.3.4. Incompetência da Justiça Militar para julgamento dos crimes cometidos por oficiais das Forças Armadas no exercício das atribuições subsidiárias de auxiliarem o poder civil no combate ao crime	78
5. Caso dos Meninos de Rua (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala	79
5.1. Resumo do caso	79
5.2. Pontos importantes	79
5.2.1. Direito à vida e direito à existência digna	79
5.2.2. Vulnerabilidade acentuada das crianças em situação de rua	79
5.2.3. Dano ao projeto de vida das crianças em situação de rua	80
5.2.4. Audiência de custódia no âmbito da prisão de adolescentes	80
5.3. Conexões com o Direito brasileiro	80
5.3.1. Audiência de custódia no caso de apreensão de adolescentes	80
5.3.2. Política Nacional para a População em Situação de Rua	81
6. Caso Durand e Ugarte vs. Peru	81
6.1. Resumo do caso	81
6.2. Pontos importantes	82
6.2.1. Uso da força para controlar motins e rebeliões	82
6.2.2. Incompetência da Justiça Militar para julgar militar por homicídio contra civil	82
6.3. Conexões com o Direito brasileiro	83
6.3.1. O Caso Carandiru	83
6.3.2. Incompetência da Justiça Militar para julgar crime doloso contra a vida de civil cometido por militar	84
7. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala	85
7.1. Resumo do caso	85
7.2. Pontos importantes	85
7.2.1. Parâmetros para a aplicação de um regime mais severo ao custodiado	85
7.2.2. Universalismo vs. Relativismo cultural	86
7.2.3. Os três níveis do delito de desaparecimento forçado	86
7.2.4. Indeterminabilidade do conteúdo abrangido pela forma de reparação de danos chamada de restituição na íntegra (restitutio in integrum)	87
7.3. Conexões com o Direito brasileiro	87

7.3.1. Inconvencionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).....	87
7.3.2. Propostas filosóficas para superar o paradigma do universalismo versus relativismo cultural	88
7.3.2.1. A hermenêutica diatópica e a superação do paradigma universalismo versus relativismo	88
7.3.2.2. O universalismo de confluência e a união dos indivíduos em prol da dignidade da pessoa humana.....	89
7.3.2.3. O imperialismo dos direitos humanos e a utilização dos direitos humanos como pretexto para legitimar intervenções militares	90
8. Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru	91
8.1. Resumo do caso.....	91
8.2. Pontos importantes	92
8.2.1. Impossibilidade de revogação da aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH ...	92
8.2.2. Sobre a relação do Poder Legislativo com os demais poderes no juízo político.....	92
8.2.3. O devido processo no juízo político exercido pelo Poder Legislativo.....	93
8.3. Conexões com o Direito brasileiro	94
8.3.1. O processo de impeachment no Direito brasileiro e o entendimento do STF sobre a imparcialidade dos congressistas	94
9. Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá.....	96
9.1. Resumo do caso.....	96
9.2. Pontos importantes	97
9.2.1. Âmbito de proteção do art. 9º da CADH: irretroatividade apenas para fins penais ou também para outras punições?	97
9.2.2. Extensão do art. 8º da CADH a processos não penais	97
9.2.3. Primeiro caso em que a Corte IDH se manifestou sobre o direito à liberdade de associação	98
10. Caso “A última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile	98
10.1. Resumo do caso	98
10.2. Pontos importantes.....	99
10.2.1. Caso emblemático envolvendo o direito à liberdade de expressão e a jurisprudência da Corte IDH	99
10.2.2. Norma constitucional originária pode ser objeto de controle de convencionalidade ..	99
10.2.3. Dupla dimensão do direito à liberdade de expressão	100
10.3. Conexões com o Direito brasileiro	100
10.3.1. Liberdade de expressão como metadireito e o livre mercado de ideias brasileiro	100
10.3.2. Caso Ellwanger	100
10.3.3. Caso Gerald Thomas.....	101
10.3.4. Caso Jonas Abib	101
10.3.5. Marcha da Maconha.....	101
10.3.6. ADI das Biografias e a citação do Caso Olmedo Bustos vs. Chile.....	102
10.3.7. ADI do Humor	102
10.3.8. Liberdade de expressão, tatuagens e “teste de Miller” (miller-test)	102
10.3.9. Escola sem Partido ou Escola Livre	102

10.3.10. Caso da Bienal do Livro no Rio de Janeiro	103
11. Caso Ivcher Bronstein vs. Peru	103
11.1. Resumo do caso	103
11.2. Pontos importantes	105
11.2.1. A aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH como cláusula pétrea da CADH ..	105
11.2.2. Discricionariedade limitada do Estado sobre direito à nacionalidade	106
11.2.3. Autoridade competente para cancelar o título de nacional.	106
11.2.4. Devido processo legal no processo administrativo de cancelamento de naturalidade	106
11.2.5. Primeiro caso sobre violação indireta do direito à liberdade de expressão	107
12. Caso Barrios Altos vs. Peru	107
12.1. Resumo do caso	107
12.2. Pontos importantes	109
12.2.1. Incompatibilidade das leis de autoanistia com a CADH	109
12.2.2. O obiter dictum sobre a inconveniência da prescrição quando se tratar de crimes que implicam em graves violações de direitos humanos.	110
13. Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingí vs. Nicarágua.	110
13.1. Resumo do caso	110
13.2. Pontos importantes	111
13.2.1. Primeiro caso julgado pela Corte IDH envolvendo a relação entre as comunidades tradicionais e a propriedade de suas terras	111
13.2.2. Ampliação do conceito de propriedade previsto no art. 21 da CADH: a proteção da propriedade comunal dos povos indígenas	111
13.2.3. Impossibilidade de se conferir interpretação nacionalista aos tratados internacionais de direitos humanos	111
13.3. Conexões com o Direito brasileiro	112
13.3.1. Diálogo das Cortes entre o STF (Caso Raposa Serra do Sol) e o Caso Awas Tingni	112
13.3.2. Aplicação dos benefícios e privilégios de Fazenda Pública às comunidades indígenas quando postulam em juízo	112
14. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago	112
14.1. Resumo do caso	112
14.2. Pontos importantes	113
14.2.1. A pena de morte e o direito internacional dos direitos humanos.	113
14.2.2. Fases da regulação jurídica internacional da pena de morte	113
14.2.3. A pena de morte obrigatória como privação arbitrária da vida	114
14.2.4. Definição de “delitos mais graves” para que se admite a aplicação da pena de morte	114
14.2.5. O “corredor da morte” como violação do direito à integridade pessoal	115
14.2.6. O direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena	115
15. Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru	116
15.1. Resumo do caso	116
15.2. Pontos importantes	116
15.2.1. Primeiro caso julgado pela Corte IDH envolvendo a matéria de direito previdenciário	116
15.2.2. Reconhecimento da existência do princípio iura novit curia e sua utilização como	

instrumento de delimitação cognitiva pela Corte Interamericana de Direitos Humanos	116
15.2.3. Dimensão coletiva dos direitos sociais, econômicos e culturais.	117
15.2.4. Fixação de parâmetros para a convencionalidade do ato estatal que visa suprimir ou reduzir o benefício previdenciário de determinado segurado	117
15.3. Conexões com o Direito brasileiro	118
15.3.1. Convencionalidade da interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca do cancelamento ou suspensão de benefício previdenciário concedido judicialmente	118
15.3.2. Necessidade do prévio requerimento administrativo para ajuizamento de ação postulando a concessão de benefício previdenciário	118
16. Caso Bulacio vs. Argentina	118
16.1. Resumo do caso	118
16.2. Pontos importantes.	119
16.2.1. Expedientes protelatórios utilizados pela defesa (abuso dos direitos processuais) e duração razoável do processo	119
16.2.2. Imprescritibilidade dos crimes que resultam em graves violações de direitos humanos e o “neopunitivismo”	119
16.2.3. A questão da imprescritibilidade em julgamentos da Corte IDH posteriores ao Caso Bulacio	121
16.2.4. Considerações sobre os requisitos exigidos para a decretação da prisão ou internação preventiva de adolescentes	123
16.3. Conexões com o Direito brasileiro	123
16.3.1. Abuso do direito de recorrer e certificação do trânsito em julgado	123
17. Caso Chacina Plan de Sánchez vs. Guatemala	124
17.1. Resumo do caso	124
17.2. Pontos importantes.	124
17.2.1. Tradução da sentença da Corte IDH para o dialeto indígena como forma simbólica de reparação	124
17.2.2. Falta de um processo e de uma investigação como causa para arbitramento de dano moral pela Corte IDH	124
17.2.3. Impossibilidade de o Estado recorrer a figuras como leis de anistia, prescrição ou excludentes de responsabilidade para não responsabilizar os autores da chacina	125
17.2.4. Primeira vez em que a Corte IDH julgou um massacre com tal magnitude	125
17.3. Conexões com o Direito brasileiro	125
17.3.1. Competência para julgar o crime de genocídio cometido contra comunidades indígenas	125
18. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.	125
18.1. Resumo do caso	125
18.2. Pontos importantes.	126
18.2.1. “Ação de inconstitucionalidade” e esgotamento dos recursos internos	126
18.2.2. Liberdade de expressão e sociedade democrática.	127
18.2.3. Responsabilidade e função social dos meios de comunicação.	127
18.2.4. As restrições permitidas ao direito à liberdade de pensamento e de expressão	127
18.2.5. “Governar com o Código Penal na mão”	128

19. Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai.	128
19.1. Resumo do caso.	128
19.2. Pontos importantes.	130
19.2.1. Posição especial de garante do Estado quanto às pessoas privadas de liberdade	130
19.2.2. Situação especial da criança e do adolescente: direito ao projeto de vida e ao desenvolvimento inclusive quando privados de liberdade.	130
19.2.3. Direito à educação de adolescentes privados de liberdade.	131
19.2.4. A simples ameaça de tortura como tratamento desumano.	131
19.2.5. Separação entre adolescentes e adultos privados de liberdade.	132
19.2.6. Aplicação das garantias processuais previstas no art. 8º da CADH aos adolescentes: tribunal e procedimentos especializados.	132
19.2.7. Excepcionalidade da prisão ou internação preventiva de adolescentes.	132
20. Caso Tibi vs. Equador.	133
20.1. Resumo do caso.	133
20.2. Pontos importantes.	134
20.2.1. Excepcionalidade da prisão preventiva e princípios limitadores.	134
20.2.2. Expedientes comunicativos no momento da privação de liberdade.	134
20.2.3. Proibição absoluta da tortura.	134
20.2.4. “Guantanamoização” do processo penal.	134
20.2.5. Importância da audiência de custódia.	135
21. Caso De La Cruz Flores vs. Peru.	135
21.1. Resumo do caso.	135
21.2. Pontos importantes.	136
21.2.1. Penalização do ato médico.	136
22. Caso Huilca Tecse vs. Peru.	137
22.1. Resumo do caso.	137
22.2. Pontos importantes.	137
22.2.1. Assassinato de líder sindical como violação do direito à liberdade de associação.	137
22.3. Conexões com o Direito brasileiro.	138
22.3.1. O assassinato de Chico Mendes.	138
23. Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago.	138
23.1. Resumo do caso.	138
23.2. Pontos importantes.	139
23.2.1. Vedação de pena corporal.	139
23.2.2. A finalidade da pena na CADH.	139
23.3. Conexões com o Direito brasileiro.	140
23.3.1. Teoria da pena adotada pelo Código Penal brasileiro.	140
24. Caso Comunidade Moiwana vs. Suriname.	140
24.1. Resumo do caso.	140
24.2. Pontos importantes.	141
24.2.1. Do “direito ao projeto de vida” ao “direito a um projeto de pós-vida”: sobre o “dano espiritual”.	141

24.2.2. Extensão da jurisprudência da Corte Interamericana sobre ligação dos povos indígenas com suas terras e outras comunidades étnicas.	142
24.2.3. “Greening” e o sistema interamericano de direitos humanos.	142
25. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai.	143
25.1. Resumo do caso.	143
25.2. Pontos importantes.	143
25.2.1. Abrangência do art. 21 da CADH e a fixação de parâmetros para uma ponderação entre o direito de propriedade privada e o direito de propriedade comunal das comunidades tradicionais.	143
25.2.2. Concepção ampla do direito à identidade pessoal.	144
25.2.3. Interpretação da CADH conforme os costumes da comunidade tradicional.	144
26. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.	144
26.1. Resumo do caso.	145
26.2. Pontos importantes.	146
26.2.1. Pessoa física como amicus curiae.	146
26.2.2. Primeiro caso da Corte IDH sobre o tema “congruência ou correlação da acusação e a sentença”.	146
26.2.3. Censura ao “juízo de periculosidade” e a inconveniência da reincidência.	146
26.3. Conexões com o Direito brasileiro.	147
26.3.1. Pessoa física como amicus curiae.	147
26.3.2. O princípio da congruência ou da correlação entre a acusação e a sentença.	148
26.3.3. Constitucionalidade da reincidência.	148
27. Caso Yatama vs. Nicarágua.	148
27.1. Resumo do caso.	148
27.2. Pontos importantes.	149
27.2.1. Primeiro caso em que a Corte IDH se deparou com matéria eleitoral.	149
27.2.2. Primeira vez em que a Corte IDH se pronunciou em um caso concreto a respeito do sentido e alcance do direito à igualdade e do dever de não discriminação.	149
27.2.3. Discriminação indireta e teoria do impacto desproporcional.	149
27.3. Conexões com o Direito brasileiro.	151
27.3.1. Salário-maternidade e impacto desproporcional.	151
27.3.2. Recepção ou não do crime de pederastia previsto no art. 235 do Código Penal Militar (CPM) e a teoria do impacto desproporcional.	151
27.3.3. Criminalização do aborto e impacto desproporcional.	152
27.3.4. Ações afirmativas e impacto desproporcional.	152
27.3.5. Exigência de representação da vítima mulher para início da ação penal relativa a crime de lesões corporais leves praticado no ambiente doméstico e impacto desproporcional.	152
27.3.6. As duas dimensões do princípio da igualdade: discriminação positiva versus discriminação negativa.	153
28. Caso Acosta Calderón vs. Equador.	153
28.1. Resumo do caso.	153
28.2. Pontos importantes.	154
28.2.1. Condenação por tráfico de drogas sem perícia na substância apontada como sendo	

entorpecente.	154
28.2.2. Informação sobre os motivos da prisão.	154
28.2.3. Excepcionalidade da prisão preventiva.	155
28.2.4. Audiência de custódia e o simples conhecimento por parte de um juiz sobre a prisão	155
28.2.5. Audiência de custódia e apresentação da pessoa presa a um “Agente Fiscal do Ministério Público”	155
28.2.6. Prazo razoável: definição dos termos inicial e final para contagem	155
28.2.7. Presença da defesa técnica no interrogatório realizado na fase investigatória	156
28.3. Conexões com o Direito brasileiro	156
28.3.1. Presença da defesa técnica no interrogatório realizado na fase investigatória	156
29. Caso das Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana.	157
29.1. Resumo do caso	157
29.2. Pontos importantes	158
29.2.1. Gravidade especial quando a violação de direitos humanos atingir crianças.	158
29.2.2. Restrição da discricionariedade para definir quem é nacional.	158
29.2.3. Obrigação de evitar a apatridia	158
29.2.4. Apátridas de direito e apátridas de fato	158
29.2.5. Direito ao nome como elemento indispensável da identidade da pessoa.	159
30. Caso Raxcacó vs. Guatemala	159
30.1. Resumo do caso	159
30.2. Pontos importantes	160
30.2.1. Definição de crime grave para aplicar pena de morte	160
30.2.2. Pena de morte obrigatória	161
30.2.3. Pena de morte e o Estatuto de Roma.	161
30.2.4. A vedação da pena de morte se constitui num postulado de jus cogens internacional? ...	161
30.2.5. Solicitação de indulto e tema processual.	161
31. Caso Palamara Iribarne vs. Chile.	162
31.1. Resumo do caso	162
31.2. Pontos importantes.	163
31.2.1. A incompatibilidade do crime de desacato com a liberdade de expressão.	163
31.2.2. Proteção do direito à propriedade intelectual dos autores pela CADH.	166
31.2.3. Incompetência da Justiça Militar para julgar civil	166
31.3. Conexões com o Direito brasileiro	166
31.3.1. Inconvencionalidade do crime de desacato e o Direito brasileiro	166
32. Caso Gómez Palomino vs. Peru	169
32.1. Resumo do caso	169
32.2. Pontos importantes	169
32.2.1. Elementos estruturantes do delito de desaparecimento forçado segundo a Corte IDH. ...	169
32.2.2. Sujeitos ativo e passivo do delito de desaparecimento forçado	169
32.2.3. Controle de convencionalidade do art. 320 do Código Penal peruano.	170
32.3. Conexões com o Direito brasileiro	170
33. Caso López Álvarez vs. Honduras	171

33.1. Resumo do caso	171
33.2. Pontos importantes	172
33.2.1. Excepcionalidade da prisão preventiva	172
33.2.2. Incompatibilidade da prisão preventiva obrigatória com a CADH	172
33.2.3. Direito da pessoa de ser informada sobre as razões de sua detenção	173
33.2.4. Fundamentação de decisões sobre pedidos de liberdade	174
33.2.5. Duração razoável do processo: critérios para determinação	174
33.2.6. Duração razoável do processo: termos inicial e final da contagem do prazo	175
33.2.7. Presença de advogado no depoimento prestado na fase investigatória	176
33.2.8. Violação do direito de se expressar no próprio idioma	177
34. Caso Goiburú e outros vs. Paraguai	178
34.1. Resumo do caso	178
34.2. Pontos importantes	178
34.2.1. O acesso à justiça como norma de jus cogens	178
34.2.2. Reconhecimento da responsabilidade internacional agravada do Estado	179
34.2.3. Caráter contínuo e permanente do delito de desaparecimento forçado	179
34.2.4. Diferenciação entre crime de Estado, terrorismo de Estado e políticas de Estado ...	179
34.3. Conexões com o Direito brasileiro	180
34.3.1. Regime de prescrição do delito de desaparecimento forçado	180
34.3.2. O acesso à justiça e as 100 regras de Brasília	180
35. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile	181
35.1. Resumo do caso	181
35.2. Pontos importantes	181
35.2.1. Inauguração formal da doutrina do controle de convencionalidade no continente americano	181
35.2.2. Princípios reitores do controle de convencionalidade	183
35.2.2.1. Princípio da presunção relativa de convencionalidade dos atos normativos internos	183
35.2.2.2. Princípio da interpretação conforme os direitos humanos	183
35.2.2.3. Princípio da progressividade	183
35.2.2.4. Princípio da interpretação internacionalista	184
35.2.2.5. Princípio da atipicidade dos meios de controle de convencionalidade	184
35.2.2.6. Princípio da interpretação pro persona	184
35.2.3. Efeitos do controle de convencionalidade	185
35.2.4. Graus de intensidade do controle de convencionalidade difuso	186
35.2.5. Normas paramétricas no controle de convencionalidade	186
35.2.6. O controle de convencionalidade pode ser exercido de ofício pelos órgãos do Poder Judiciário	187
35.2.7. Controle de convencionalidade forte versus controle de convencionalidade fraco ..	187
35.2.8. Imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade fundada em norma internacional consuetudinária	188
35.2.9. O Caso Almonacid Arellano como primeiro passo para a integração do conceito de	

crimes contra a humanidade ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.	188
35.2.10. Excepcionalidade da jurisdição militar e a impossibilidade da Justiça castrense julgar civis	189
35.2.11. As leis de autoanistia violam a CADH e o próprio acesso à justiça	189
35.3. Conexões com o Direito brasileiro	189
35.3.1. Inconvencionalidade da prisão do depositário infiel e a posição do Supremo Tribunal Federal	189
36. Caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru	189
36.1. Resumo do caso.	189
36.2. Pontos importantes	190
36.2.1. Primeiro caso de aplicação da Convenção de Belém do Pará e também o primeiro caso sobre violência de gênero contra a mulher	190
36.2.1.1. A perspectiva de gênero em recente julgamento do TEDH sobre prisão perpétua ..	191
36.3. Conexões com o Direito brasileiro	191
36.3.1. O feminismo como instrumento de irrisignação contra a violência de gênero	191
36.3.2. Situação prisional de mulheres que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade	193
37. Caso da Chacina da Rochela vs. Colômbia	194
37.1. Resumo do caso.	194
37.2. Pontos importantes	195
37.2.1. Não é possível postular a anulação ou modificação da sentença proferida pela Corte IDH via pedido de interpretação	195
37.2.2. Educação em direitos humanos como forma de reparação de danos	195
37.2.3. A proibição de toda e qualquer forma de tortura integra o domínio do jus cogens ..	195
38. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador	196
38.1. Resumo do caso.	196
38.2. Pontos importantes	197
38.2.1. Informação sobre os motivos da prisão	197
38.2.2. Audiência de custódia e apresentação da pessoa presa ao Ministério Público.	197
38.2.3. Audiência de custódia e presença do juiz no momento da prisão.	197
38.2.4. Prisão com base em meras conjecturas e prisão para atender a fins preventivo-gerais ou preventivo-especiais.	197
38.2.5. Revisão periódica da prisão preventiva	198
38.2.6. Atuação deficiente da Defensoria Pública.	198
38.2.7. Medidas cautelares reais	198
39. Caso do Povo Saramaka vs. Suriname	199
39.1. Resumo do caso.	199
39.2. Pontos importantes	199
39.2.1. Desnecessidade de obtenção de autorização do líder da comunidade tradicional para provocar o sistema interamericano de direitos humanos.	199
39.2.2. Inexistência de litispendência internacional entre procedimentos de relatórios especiais de organismos universais e as demandas da Corte Interamericana de Direitos Humanos ...	200
39.2.3. Fixação do iter procedimental sobre o direito de consulta às comunidades	

tradicionalis	200
39.2.4. Diferença entre consentimento e consulta	202
39.2.5. Desnecessidade de nomear individualmente cada um dos beneficiários das possíveis reparações a serem estipuladas pela Corte IDH nos casos que envolvem comunidades tradicionalis inteiras	202
39.2.6. Alteração de entendimento da Corte IDH quanto à reparação simbólica	202
39.2.7. Diferenciação entre povos indígenas e povos tribais	203
39.3. Conexões com o Direito brasileiro	203
39.3.1. Relativização do direito de consulta às comunidades tradicionalis	203
39.3.2. Oitiva constitucional versus direito de consulta	204
40. Caso Kimel vs. Argentina	204
40.1. Resumo do caso	204
40.2. Pontos importantes	205
40.2.1. Importância da liberdade de expressão e do “pluralismo informativo”	205
40.2.2. Imprecisão na definição dos crimes de injúria e difamação	205
40.2.3. Honra como bem jurídico penal	205
40.2.4. Regime diferenciado para a honra dos funcionários públicos	205
41. Caso Tristán Donoso vs. Panamá	206
41.1. Resumo do caso	206
41.2. Pontos importantes	206
41.2.1. Utilização de tipos penais para censurar a liberdade de crítica e de expressão	206
41.2.2. Considerações sobre o papel do Ministério Público no processo penal	206
41.2.3. Aplicação da teoria da proteção débil do homem público pela Corte IDH	207
41.3. Conexões com o Direito brasileiro	207
41.3.1. Inconvencionalidade do delito de desacato	207
41.3.2. Direito ao esquecimento: liberdade de informação ou censura no retrovisor?	207
41.3.3. Direito de greve e efeito resfriador à liberdade de expressão	208
42. Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México	209
42.1. Resumo do caso	209
42.2. Pontos importantes	209
42.2.1. Primeira vez em que a Corte IDH analisou um caso envolvendo situação de violência estrutural de gênero	209
42.2.2. Primeira vez em que um tribunal internacional reconheceu a existência de “feminicídio” como crime	210
42.2.3. Competência da Corte IDH para analisar violações a respeito da Convenção de Belém do Pará	210
42.2.4. Obrigação do Estado de erguer um monumento em memória das vítimas	210
42.2.5. Impossibilidade de reconhecer o dano ao projeto de vida quando as vítimas não estiverem vivas	211
42.3. Conexões com o Direito brasileiro	211
42.3.1. O crime de feminicídio no Código Penal brasileiro	211
43. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela	211
43.1. Resumo do caso	211

43.2. Pontos importantes	212
43.2.1. Compatibilidade do foro por prerrogativa de função com a CADH	212
43.2.2. Compatibilidade da competência por conexão com a CADH	212
43.2.3. Duplo grau de jurisdição e foro por prerrogativa de função	212
43.3. Conexões com o Direito brasileiro	213
43.3.1. O direito ao duplo grau de jurisdição para autoridades com foro por prerrogativa no STF	213
44. Caso Vélez Loor vs. Panamá	213
44.1. Resumo do caso	213
44.2. Pontos importantes	214
44.2.1. Impossibilidade de fixação de políticas migratórias cujo foco principal seja a detenção arbitrária	214
44.2.2. Direito à realização da audiência de custódia no caso de prisão decorrente de situação migratória	214
44.2.3. Necessidade de defesa técnica nos procedimentos administrativos ou judiciais que possam resultar em decisão de expulsão, deportação ou privação de liberdade	215
44.2.4. Direito à assistência consular ao preso em situação de migração	215
44.2.5. Obrigação de separar as pessoas custodiadas em razão de situação migratória irregular das pessoas custodiadas em razão da prática de infrações penais	216
44.3. Conexões com o Direito brasileiro	216
44.3.1. Convergência entre a interpretação do STF e da Corte IDH sobre o direito à assistência consular	216
44.3.2. Defesa técnica no processo de expulsão	216
45. Caso Gelman vs. Uruguai	218
45.1. Resumo do caso	218
45.2. Pontos importantes	219
45.2.1. Leis de anistia e aprovação popular mediante plebiscito	219
45.2.2. Toda autoridade pública tem o poder-dever de exercer o controle de convencionalidade	220
45.2.3. A subtração de uma criança recém-nascida e a alteração da sua identidade como uma forma peculiar de desaparecimento forçado	220
46. Caso López Mendoza vs. Venezuela	221
46.1. Resumo do caso	221
46.2. Pontos importantes	222
46.2.1. Reconhecimento da extensão da presunção de inocência aos processos administrativos	222
46.2.2. Restrição a direitos políticos decidida em processo de natureza não penal	222
46.2.3. Irretroatividade do ato normativo estatal que admite a restrição de direitos políticos	222
46.3. Conexões com o Direito brasileiro	223
46.3.1. (In)convencionalidade da Lei da Ficha Limpa	223
46.3.2. Impossibilidade de aplicação da Lei da Ficha Limpa de forma retroativa	224
47. Caso Atala Rizzo e crianças vs. Chile	225

47.1. Resumo do caso.....	225
47.2. Pontos importantes	226
47.2.1. Primeiro precedente da Corte IDH sobre proteção do direito à diversidade sexual. . .	226
47.2.2. A proteção do direito à diversidade sexual pelos sistemas regionais americano e europeu e pelo sistema universal de proteção dos direitos humanos	226
47.2.3. A proteção do direito à diversidade sexual e à identidade de gênero pela OEA.	226
47.2.4. A orientação sexual dos pais das crianças não pode ser invocada para decidir processo judicial de guarda	227
47.2.5. A CADH não acolheu um conceito fechado ou “tradicional” de família.	227
47.3. Conexões com o Direito brasileiro	228
47.3.1. Adoção por casais homossexuais	228
48. Caso Povo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Equador	228
48.1. Resumo do caso.	228
48.2. Pontos importantes	228
48.2.1. Utilização da Convenção 169 da OIT como vetor hermenêutico para que se interpretem as demais obrigações de direitos humanos, mesmo quando o Estado não a tenha ratificado	229
48.2.2. Dever de consulta prévia, livre e de boa-fé para com as comunidades indígenas . . .	229
49. Caso Furlán e familiares vs. Argentina	230
49.1. Resumo do caso.	230
49.2. Pontos importantes	230
49.2.1. Primeiro caso envolvendo a atuação da Defensoria Pública Interamericana	230
49.2.2. Dever do estado de incluir a pessoa com deficiência na sociedade e adotar medidas positivas para eliminar as barreiras impostas pela sociedade majoritária	230
49.3. Conexões com o Direito brasileiro	231
49.3.1. Direito à acomodação razoável (right to accommodation) e direitos humanos.	231
49.3.2. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção das pessoas com deficiência na sociedade.	232
49.3.3. Constitucionalidade dos arts. 28, § 1º, e 30, ambos do Estatuto da Pessoa com Deficiência	232
49.3.4. Incorporação da Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988	232
49.3.5. O Brasil e a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista	232
50. Caso Mohamed vs. Argentina	233
50.1. Resumo do caso.	233
50.2. Pontos importantes	233
50.2.1. Atuação da Defensoria Pública Interamericana	233
50.2.2. A garantia do duplo grau de jurisdição e a exigência de um recurso ordinário para discutir sentença condenatória de Tribunal que reforma sentença absolutória de primeira instância	234
50.2.3. Bis in idem e direito ao recurso pela acusação	234
50.3. Conexões com o Direito brasileiro	235
50.3.1. O duplo grau de jurisdição em ações penais originárias	235
51. Caso Artavia Murillo e outros (“fecundação in vitro”) vs. Costa Rica	236

51.1. Resumo do caso	236
51.2. Pontos importantes	237
51.2.1. Primeiro precedente da Corte IDH em que a fecundação in vitro foi analisada a partir dos direitos humanos	237
51.2.2. A decisão sobre ser pai ou mãe no sentido genético ou biológico e o direito à vida privada	237
51.2.3. A proteção do direito à autonomia reprodutiva	237
51.2.4. Direito a gozar dos benefícios do progresso científico	238
51.2.5. A fecundação in vitro e a proteção do direito à vida pela CADH	238
51.2.6. Reconhecimento de discriminação indireta e de impacto desproporcional às vítimas em virtude da proibição da fertilização in vitro	238
51.2.7. Situação atual da fertilização in vitro na Costa Rica	239
51.3. Conexões com o Direito brasileiro	239
51.3.1. Constitucionalidade da Lei de Biossegurança	239
52. Caso Mendoza e outros vs. Argentina	239
52.1. Resumo do caso	240
52.2. Pontos importantes	240
52.2.1. Princípio da proporcionalidade e vedação de pena perpétua para menores de idade	240
52.2.2. Incompatibilidade da pena de prisão perpétua com a CADH	241
52.2.3. Prisão perpétua e o Estatuto de Roma	242
52.2.4. Atuação da Defensoria Pública	242
53. Caso Mémoli vs. Argentina	242
53.1. Resumo do caso	242
53.2. Pontos importantes	242
53.2.1. A utilização do Direito Penal como efeito resfriador da liberdade de expressão e o retrocesso social causado pela Corte IDH no Caso Mémoli	242
53.3. Conexões com o Direito brasileiro	243
53.3.1. Responsabilidade civil por matéria jornalística e o ordenamento jurídico brasileiro ..	243
53.3.2. Competência para processar e julgar crime contra a honra praticado por meio de publicação impressa de periódico	243
54. Caso Comunidades Afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) vs. Colômbia	244
54.1. Resumo do caso	244
54.2. Pontos importantes	245
54.2.1. Utilização do termo “comunidade afrodescendente” pela Corte Interamericana de Direitos Humanos	245
54.2.2. Extensão dos direitos diferenciados dos povos indígenas para as comunidades afrodescendentes de maneira direta e imediata: implementação do conceito de propriedade coletiva diretamente para as comunidades afrodescendentes	245
54.2.3. Deslocamento forçado	246
54.2.4. Participação das vítimas do deslocamento forçado na tomada de decisões que dizem respeito ao retorno ao local de origem	246
54.2.5. A prática do deslocamento forçado de pessoas viola a garantia do respeito ao núcleo	

familiar prevista na CADH	246
54.3. Conexões com o Direito brasileiro	246
54.3.1. Quem pode ser considerado membro de uma comunidade quilombola?	246
54.3.2. Isenção do Imposto Territorial Rural (ITR).	247
54.3.3. Propriedade quilombola e o artigo 68 do ADCT.	247
55. Caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia	247
55.1. Resumo do caso	247
55.2. Pontos importantes	248
55.2.1. Primeira vez em que a Corte IDH analisa caso envolvendo o princípio do non-refoulement.	248
55.2.2. Atuação da Defensoria Pública Interamericana	249
55.2.3. Utilização da aceção “asilo em sentido amplo” pela Corte IDH	249
55.2.4. Possibilidade de submeter ao crivo dos tribunais internacionais a concessão ou denegação dos institutos do asilo e refúgio	249
55.3. Conexões com o Direito brasileiro	250
55.3.1. Ordenamento jurídico brasileiro e o não reconhecimento do refúgio ambiental.	250
55.3.2. A impossibilidade de se reconhecer a miséria como motivo para concessão de refúgio	250
55.3.3. O reconhecimento do refúgio decorrente de situações privadas	250
60.3.4. A condição de refugiado como óbice para a expulsão de estrangeiro	251
56. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname	251
56.1. Resumo do caso	251
56.2. Pontos importantes	252
56.2.1. Princípio da irretroatividade da norma penal mais grave e leis processuais	252
56.2.2. Duplo grau de jurisdição e direito ao recurso nos julgamentos pela instância judicial máxima do país.	253
56.2.3. Criação de um Tribunal Constitucional.	253
56.3. Conexões com o Direito brasileiro	253
56.3.1. Aplicação da norma processual penal no tempo segundo o ordenamento jurídico brasileiro.	253
57. Caso Brewer Carías vs. Venezuela	253
57.1. Resumo do caso	254
57.2. Pontos importantes	255
57.2.1. Primeira vez que a Corte IDH acolhe a exceção preliminar de ausência de esgotamento dos recursos internos.	255
57.2.2. Um precedente perigoso	255
57.2.3. Teoria da etapa intermediária	256
57.2.4. A presença do acusado em juízo como condição para que fique em liberdade	256
58. Caso Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile.	256
58.1. Resumo do caso	256
58.2. Pontos importantes	257
58.2.1. Princípio da legalidade e tipificação do crime de terrorismo	257
58.2.2. Incompatibilidade da presunção legal do “dolo terrorista” com o princípio da	

legalidade.....	257
58.2.3. Luta contra o terrorismo e respeito pelos direitos humanos.....	258
58.2.4. Compatibilidade da “testemunha anônima” com a CADH.....	258
58.3. Conexões com o Direito brasileiro.....	259
58.3.1. Aprovação da Lei Antiterrorismo pelo Estado brasileiro.....	259
59. Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala.....	259
59.1. Resumo do caso.....	259
59.2. Pontos importantes.....	260
59.2.1. Primeiro caso em que a Corte IDH estabeleceu uma definição clara para a categoria “defensores de direitos humanos”.....	260
59.2.2. Fixação de standards para analisar a adequação de medidas adotadas pelo Estado para proteger as atividades dos defensores de direitos humanos.....	261
59.3. Conexões com o Direito brasileiro.....	261
59.3.1. Incidente de Deslocamento de Competência nº 2, o Caso Manoel Mattos.....	261
59.3.2. Programa brasileiro de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos.....	261
60. Caso Rodríguez Vera e outros (desaparecidos do Palácio de Justiça) vs. Colômbia.....	261
60.1. Resumo do caso.....	262
60.2. Pontos importantes.....	262
60.2.1. A Corte IDH pode utilizar as normas de Direito Internacional Humanitário como vetor hermenêutico para interpretar a CADH.....	262
60.2.1.1. Cláusula Martens e o mínimo ético humanitário.....	264
60.2.2. Impossibilidade de a Corte IDH exercer um controle de legalidade sobre o procedimento que tramita perante a CIDH.....	264
60.2.3. Necessidade de efetuar o registro de toda e qualquer detenção por parte do Estado.....	265
61. Caso Arguelles e outros vs. Argentina.....	265
61.1. Resumo do caso.....	265
61.2. Pontos importantes.....	266
61.2.1. Impossibilidade de se manter a prisão preventiva de um acusado com base no comportamento processual de outro acusado.....	266
61.2.2. Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade.....	266
61.2.3. Atuação da Defensoria Pública Interamericana.....	266
61.2.4. Competência restritiva e excepcional da Justiça Militar.....	266
61.2.5. Exigência de formação jurídica para ser juiz do Conselho Supremo das Forças Armadas.....	266
61.2.6. Direito a ser defendido por um profissional com formação jurídica.....	266
61.3. Conexões com o Direito brasileiro.....	267
61.3.1. Composição do STM e formação jurídica dos seus ministros.....	267
62. Caso Granier e outros (Rádio Caracas de Televisão) vs. Venezuela.....	267
62.1. Resumo do caso.....	267
62.2. Pontos importantes.....	268
62.2.1. Inaplicabilidade da CADH às pessoas jurídicas.....	268
62.2.2. Primeiro precedente da Corte IDH envolvendo de maneira direta a decisão de um Estado de não renovar a concessão de um canal de televisão de sinal aberto.....	268

62.2.3. Reconhecimento da dupla dimensão do direito à liberdade de expressão	268
62.2.4. Importância da pluralidade dos veículos de imprensa e dos meios comunicativos em sentido amplo	269
62.3. Conexões com o Direito brasileiro	269
62.3.1. Declaração da não recepção da Lei de Imprensa brasileira.	269
62.3.2. Vedação constitucional de toda e qualquer censura política, ideológica e artística nos veículos de comunicação.	269
63. Caso Wong Ho Wing vs. Peru	270
63.1. Resumo do caso.	270
63.2. Pontos importantes	270
63.2.1. Vinculação da cooperação jurídica internacional aos direitos humanos.	270
63.2.2. Viabilidade da aplicação da teoria da proteção indireta dos direitos humanos no sistema interamericano de direitos humanos	271
63.2.3. Não violação ao princípio do non-refoulement	271
63.2.4. Primeiro caso na jurisdição contenciosa da Corte IDH em que a temática da extradição é a questão principal	271
63.2.5. Cláusula de especialidade e extradição	271
63.3. Conexões com o Direito brasileiro	272
63.3.1. Caso Pizzolato e a teoria da proteção indireta dos direitos humanos	272
63.3.2. O prévio exaurimento das vias administrativas não é condição para a concessão de extradição de estrangeiro autor de crime tributário	272
63.3.3. Impossibilidade de extradição pela prática de ato infracional.	272
63.3.4. Audiência de custódia e prisão para fins de extradição	272
63.3.5. Progressão de Regime versus extradição	273
63.3.6. Extradição e o sistema da contenciosidade limitada.	273
63.3.7. Extradição versus transferência internacional de presos	273
63.3.8. Extradição versus crime político	274
64. Caso Gonzales Llu y outros vs. Equador.	274
64.1. Resumo do caso.	274
64.2. Pontos importantes	275
64.2.1. Reconhecimento de forma inédita do fenômeno da interseccionalidade na temática dos direitos humanos	275
64.2.2. Possibilidade de equiparar uma pessoa com HIV à condição de pessoa com deficiência, nos termos da Convenção da ONU sobre Pessoa com Deficiência e reconhecimento do modelo social de deficiência pela Corte IDH.	276
64.3. Conexões com o Direito brasileiro	277
64.3.1. Transusão de sangue e janela imunológica	277
64.3.2. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos doadores de sangue em casos específicos	278
64.3.3. Constitucionalidade da inclusão de dados sanguíneos na carteira de identidade	278
64.3.4. (In)constitucionalidade da doação de sangue por homossexuais	278
64.3.5. Tipificação da conduta de discriminar portadores do vírus HIV em razão desta condição	278

64.3.6. Mudança de paradigma: do modelo médico ao modelo de direitos humanos para conceituar pessoa com deficiência	278
65. Caso Ruano Torres vs. El Salvador	279
65.1. Resumo do caso	279
65.2. Pontos importantes	280
65.2.1. Valor probatório da declaração de corréu colaborador	280
65.2.2. Importância e extensão do direito de defesa	280
65.2.3. O direito à assistência jurídica no processo penal para quem possui condições financeiras de constituir advogado	281
65.2.4. Efetividade da defesa técnica prestada pela Defensoria Pública e autonomia funcional	281
65.2.5. Responsabilidade internacional do Estado pela atuação deficiente da Defensoria Pública em matéria penal	282
65.2.6. Medida de reparação simbólica consistente na fixação de uma placa na sede da Defensoria Pública com o nome de Ruano Torres	282
65.2.7. Melhoria no sistema de seleção e de capacitação dos defensores públicos	283
65.3. Conexões com o Direito brasileiro	283
65.3.1. Inconvencionalidade parcial do art. 341, § único, do CPC	283
66. Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala	284
66.1. Resumo do caso	284
66.2. Pontos importantes	284
66.2.1. Inclusão da perspectiva de gênero na investigação	284
66.2.2. O estereótipo de gênero e a justificativa da violência contra a mulher que a culpa e a trata como “merecedora” da violência	285
66.2.3. Forma de se vestir e exercício do direito à liberdade de expressão	285
66.2.4. Sobre o movimento ElesPorElas (HeForShe) de solidariedade da ONU Mulheres pela igualdade de gênero	286
67. Caso Povos Kalifã e Lokono vs. Suriname	286
67.1. Resumo do caso	286
67.2. Pontos importantes	287
67.2.1. Convencionalidade do fenômeno conhecido como “dupla afetação das terras indígenas”	287
67.2.2. Reconhecimento da obrigação de realizar os estudos de impacto ambiental (EIA) como forma de proteção dos direitos das comunidades tradicionais e o fenômeno do esverdeamento dos direitos humanos (greening)	287
67.3. Conexões com o Direito brasileiro	288
67.3.1. Unidades de conservação e comunidades tradicionais	288
67.3.2. Constitucionalidade do fenômeno conhecido como “dupla afetação das terras indígenas”	288
68. Caso Duque vs. Colômbia	288
68.1. Resumo do caso	288
68.2. Pontos importantes	289
68.2.1. A orientação sexual não pode ser entendida como fator determinante para impedir a obtenção do benefício denominado pensão por morte	289

68.3. Conexões com o Direito brasileiro	289
68.3.1. Possibilidade de obter o benefício previdenciário denominado pensão por morte.	289
68.3.2. Cirurgia de redesignação sexual custeada pelo SUS e alteração do nome	289
68.3.3. Incidência da inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal de 1988, mesmo nos casos oriundos de relação homoafetiva	290
69. Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala.	290
69.1. Resumo do caso.	290
69.2. Pontos importantes	291
69.2.1. Direito à vida e à saúde das pessoas privadas de liberdade	291
69.2.2. Pessoas privadas de liberdade com enfermidades graves, crônicas ou terminais e permanência em estabelecimentos carcerários	292
69.2.3. Pessoas com deficiência privadas de liberdade	292
69.3. Conexões com o Direito brasileiro.	292
69.3.1. Condições de acessibilidade nos estabelecimentos penais brasileiros.	292
70. Caso Flor Freire vs. Equador	293
70.1. Resumo do caso.	293
70.2. Pontos importantes	293
70.2.1. A orientação sexual não deve ser fator determinante para selecionar quem deve ou não ser membro das Forças Armadas.	293
70.2.2. Reconhecimento do princípio da igualdade e da não discriminação como norma de jus cogens	293
70.2.3. Necessidade de capacitar os membros das Forças Armadas e os agentes encarregados dos procedimentos disciplinares sobre o tema “proibição de discriminação por orientação sexual”	294
70.3. Conexões com o Direito brasileiro	294
70.3.1. O STF reconheceu a não recepção de expressões discriminatórias contidas no art. 235 do Código Penal Militar	294
70.3.2. Reconhecimento dos Princípios de Yogyakarta pelo STF	295
70.3.3. Direito a banheiros.	295
70.3.4. Criminalização da homofobia e decisão do STF	295
71. Caso I.V. vs. Bolívia	296
71.1. Resumo do caso	296
71.2. Pontos importantes.	297
71.2.1. Ato médico e consentimento informado	297
72. Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua	298
72.1. Resumo do caso	298
72.2. Pontos importantes.	299
72.2.1. Primeiro caso sobre abuso sexual contra criança	299
72.2.2. Efetiva participação de crianças e adolescentes em processos penais na condição de vítimas.	299
72.2.3. Assistência jurídica gratuita para crianças e adolescentes independentemente dos recursos econômicos dos seus genitores.	300
72.2.4. Participação da criança ou adolescente vítima no processo penal de apuração do crime	

de abuso sexual e revitimização	300
72.2.5. Aplicação das garantias que compõem o devido processo não somente para pessoas acusadas de um delito	301
72.2.6. Convencionalidade do julgamento por jurados	302
72.2.7. Atuação da Defensoria Pública Interamericana	304
72.3. Conexões com o Direito brasileiro	304
72.3.1. Depoimento sem dano ou especial no Brasil	304
73. Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala	306
73.1. Resumo do caso	306
73.2. Pontos importantes	308
73.2.1. Coisa julgada fraudulenta	308
73.3. Conexões com o Direito brasileiro	310
73.3.1. Coisa julgada penal no Direito brasileiro	310
74. Caso Martínez Coronado vs. Guatemala	312
74.1. Resumo do caso	312
74.2. Pontos importantes	313
74.2.1. Defesa técnica comum para mais de um acusado	313
74.3. Conexões com o Direito brasileiro	314
74.3.1. A defesa técnica comum no Direito brasileiro	314
75. Caso Órdenes Guerra e outros vs. Chile	314
75.1. Resumo do caso	314
75.2. Pontos importantes	315
75.2.1. Imprescritibilidade de ações cíveis de reparação em face de graves violações de direitos humanos	315
75.3. Conexões com o Direito brasileiro	317
75.3.1. Imprescritibilidade da pretensão indenizatória em virtude de violação de direitos humanos praticada na ditadura militar	317
75.3.2. Possibilidade de acumulação da reparação administrativa com a indenização por danos morais	317
76. Caso Lagos del Campo vs. Peru	318
76.1. Resumo do caso	318
76.2. Pontos importantes	319
76.2.1. Liberdade de expressão no contexto de relações trabalhistas em empresas privadas	319
76.2.2. Violação do direito à estabilidade laboral: a virada jurisprudencial na judicialização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA)	320
77. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile	330
77.1. Resumo do caso	330
77.2. Pontos importantes	330
77.2.1. Atuação de defensora pública interamericana do Brasil	330
77.2.2. Conteúdo do art. 26 da CADH	331
77.2.3. Reconhecimento do direito à saúde de maneira autônoma	331
77.2.4. Parâmetros sobre o direito à saúde aplicáveis a situações de urgência	332
77.2.5. Direitos das pessoas idosas em matéria de saúde	333

77.2.6. Conclusão geral sobre o direito à saúde	334
77.2.7. Reconhecimento das pessoas idosas como grupo vulnerável	335
78. Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname	335
78.1. Resumo do caso	335
78.2. Pontos importantes	335
78.2.1. Primeiro caso em que a Corte IDH condena determinado Estado em uma obrigação de fazer de cunho material.	336
78.2.2. Primeiro caso envolvendo a temática do Direito das Sucessões na jurisdição da Corte IDH.	336
78.2.2.1. Aplicação do princípio da saisine	336
78.2.2.2. Reconhecimento das normas básicas do direito das sucessões como “princípios gerais de direito”	336
78.2.2.3. Convencionalidade do instituto sucessório conhecido como fideicomisso	337
78.2.3. Primeiro caso em que a Corte IDH menciona as normas de jus cogens	337
78.2.4. Primeiro caso envolvendo direito dos povos indígenas na jurisdição da Corte IDH. . .	337
78.2.5. Utilização do preâmbulo da CADH como fundamento decisório	337
78.2.6. Primeira vez na história da jurisprudência da Corte em que um Estado reconheceu a sua própria responsabilidade internacional	337
78.3. Conexões com o direito brasileiro:	337
78.3.1. Irrelevância normativa do preâmbulo da Constituição Federal de 1988:	338
78.3.2. Superação do modelo da reparação in pecunia para o modelo da tutela específica. .	338
79. Caso Castañeda Gutman vs. México	338
79.1. Resumo do caso	338
79.2. Pontos importantes	339
79.2.1. Convencionalidade do sistema eleitoral que proíbe a candidatura avulsa ou independente	339
79.3. Conexões com o Direito brasileiro	343
79.3.1. A vedação da candidatura avulsa ou independente no Brasil.	343
80. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai	344
80.1. Resumo do caso	344
80.2. Pontos importantes para o caso:	344
80.2.1 Vínculo espiritual e material da identidade da comunidade indígena e direito à recuperação de suas terras	344
80.2.2. Impossibilidade de a Corte IDH analisar o pertencimento étnico ou o nome de determinada comunidade indígena.	345
80.2.3. Direito à vida digna e seus componentes elementares.	345
80.2.4. Mortalidade e morbidade materna das mulheres indígenas	345
80.2.5. Direito à vida cultural das crianças indígenas	345
81. Caso Gudiel Álvares e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala	346
81.1. Resumo do caso	346
81.2. Pontos importantes.	346
81.2.1. Obrigações positivas e negativas oriundas do direito à liberdade de associação	346
81.2.2. Extensão do conteúdo normativo do art. 11 da CADH	347

81.2.3. Caráter dúplice do dever Estado diante de uma situação de deslocamento forçado de pessoas.....	347
81.2.4. Direito de circulação e residência como condição indispensável para o desenvolvimento da pessoa.....	347
81.2.5. A violação ao direito à verdade como espécie de tratamento desumano e degradante aos familiares de vítima de desaparecimento forçado.....	347
82. Caso Gutiérrez Hernandez e outros vs. Guatemala	348
82.1. Resumo do caso.....	348
82.2. Pontos importantes para o caso.....	348
82.2.1. Parâmetros mínimos para aferir a convencionalidade de determinada legislação interna sobre combate à violência contra a mulher.....	348
82.2.2. Caráter pluriofensivo do delito de desaparecimento forçado	349
82.2.3. Impossibilidade da utilização de estereótipos de gênero na investigação de crimes envolvendo vítima mulher	349
82.2.4. Diferença entre desaparecimento e desaparecimento forçado	350
82.2.5. Dever de investigar e punir como uma obrigação de meio	351
83. Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala	351
83.1. Resumo do caso.....	351
83.2. Pontos importantes	352
83.2.1. Primeiro caso envolvendo o tema da adoção internacional na jurisdição contenciosa da Corte IDH	352
83.2.2. Fixação de parâmetros convencionais de observância obrigatória no processo de adoção internacional	352
83.2.3. As crianças e adolescentes possuem o direito de serem ouvidas em casos que envolvam seus direitos e interesses	353
83.2.4. Adoção internacional e princípio da proibição de benefícios econômicos indevidos ..	353
83.2.5. Princípio da não-discriminação e questão econômica.....	353
83.2.6. Impossibilidade de utilização de estereótipos de gênero para aferir o exercício da paternidade e maternidade por parte dos pais.....	353
83.2.7. A corrupção como uma forma de violação de direitos humanos	354
83.2.8. Conceito elástico de tráfico de pessoas para fins de adoção.....	356
83.3. Conexões com o Direito brasileiro.....	356
83.3.1. Aparente convencionalidade da normativa interna brasileira sobre adoção internacional.....	356
83.3.2. Direito do povo a governos honestos e regime global de proibição da corrupção....	356
84. Caso das Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México	357
84.1. Resumo do caso.....	357
84.2. Pontos importantes	358
84.2.1. Responsabilidade do Estado por atos cometidos por um agente estatal contra presas mulheres.....	358
84.2.2. Obrigações do Estado em casos de detenções coletivas	358
84.2.3. Conteúdo e alcance normativo do artigo 15 da Convenção Americana de Direitos Humanos que prevê expressamente o direito de reunião	358

85. Caso Viviana Gallardo e outras vs. Costa Rica	359
85.1. Resumo do caso.	359
85.2. Pontos importantes	360
85.2.1. Impossibilidade de renunciar o procedimento perante a CIDH	360
85.2.2. Renúncia pelo Estado à regra do prévio esgotamento dos recursos internos	361
85.2.3. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos como um “Ministério Público” do sistema interamericano.	361

CAPÍTULO 2 - Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos contenciosos contra o Brasil363

Nota explicativa sobre o Brasil e a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos	365
1. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.	366
1.1. Resumo do caso	366
1.2. Pontos importantes.	367
1.2.1. Primeiro caso envolvendo violações de direitos humanos de pessoa com deficiência mental.	367
1.2.2. Responsabilidade do Estado derivada de atos cometidos por particulares.	367
1.2.3. Primeira condenação do Brasil na Corte IDH	367
1.2.4. Uso da “sujeição” no paciente e direito à integridade pessoal	367
2. Caso Nogueira de Carvalho e outro vs. Brasil.	368
2.1. Resumo do caso	368
2.2. Pontos importantes.	369
2.2.1. Limites da atuação da Corte IDH para determinar que o Estado investigue, processe e puna os responsáveis.	369
2.2.2. Defesa do Estado no âmbito internacional	369
2.2.3. Primeiro caso enfrentado pela Corte IDH sobre violação de direitos humanos contra “defensores de direitos humanos”	369
3. Caso Escher e outros vs. Brasil	370
3.1. Resumo do caso	370
3.2. Pontos importantes	371
3.2.1. A proteção do sigilo das comunicações telefônicas pela CADH	371
3.2.3. Divulgação das conversas telefônicas interceptadas.	371
3.2.4. Poder da Corte IDH para determinar que um Estado-Parte revogue ou altere uma lei interna	372
3.3. Conexões com o Direito brasileiro	372
3.3.1. Sobre a polêmica decisão do juiz federal Sérgio Moro de levantar o sigilo de comunicação interceptada entre o ex-presidente Lula diversos interlocutores	372
4. Caso Garibaldi vs. Brasil	373
4.1. Resumo do caso	373
4.2. Pontos importantes	373
4.2.1. O dever de investigar é uma obrigação de meio e não de resultado.	373
4.2.2. Princípios que os Estados devem observar na investigação de uma morte violenta.	374
4.2.3. Reconhecimento do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) como grupo	

vulnerável.....	374
4.3. Conexões com o Direito brasileiro	374
4.3.1. O descumprimento da decisão da Corte IDH pelo Brasil: um breve comentário ao RESp 1.351.177.....	374
5. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil	377
5.1. Resumo do caso	377
5.2. Pontos importantes	378
5.2.1. O caso “Guerrilha do Araguaia” envolve o tema da justiça de transição e suas quatro dimensões	378
5.2.1.1. Direito à verdade e à memória.....	378
5.2.1.2. Direito à reparação das vítimas	379
5.2.1.3. A reforma e a redemocratização das instituições envolvidas com a ditadura militar .	379
5.2.1.4. As “Políticas de veto” (vetting) como instrumento de redemocratização das instituições envolvidas com a ditadura militar	380
5.2.2. O adequado tratamento jurídico aos crimes cometidos no período democrático e a responsabilização dos agentes estatais responsáveis pelas violações de direitos humanos .	380
1ª Corrente: a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é norma de jus cogens e possui caráter consuetudinário (e também convencional).....	381
2ª Corrente: impossibilidade do reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra (atualmente adotada pelas cortes nacionais).....	382
5.2.3. As três fases da Justiça de Transição	383
5.2.4. Os quatro níveis da Justiça de Transição	384
5.2.5. Não admissibilidade da Corte IDH como uma “quarta instância”	384
5.2.6. Dever de investigar e punir os crimes de lesa-humanidade como norma de jus cogens	385
5.2.7. O Brasil foi processado por violações de direitos humanos cometidas antes de sua adesão à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos	386
5.2.8. A Corte IDH proferiu um mandado internacional implícito de criminalização contra o Brasil: a tipificação do delito de desaparecimento forçado	387
5.3. Conexões com o Direito brasileiro	388
5.3.1. Caráter de lei-medida da Lei de Anistia brasileira	388
5.3.2. Divergência entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a da Corte IDH....	388
5.3.3. Critérios para solucionar essa divergência: Diálogo das Cortes e Teoria do Duplo Controle.....	389
5.3.4. A propositura de uma nova ADPF pelo PSOL e a não violação do ne bis in idem.....	390
5.3.5. Desaparecimento forçado, extradição e dupla tipicidade	390
5.3.6. Instituição da Comissão Nacional da Verdade.....	391
5.3.7. Imprescritibilidade da pretensão indenizatória em virtude de danos decorrentes da perseguição política na época da ditadura militar	391
5.3.8. Possibilidade de penhora da remuneração econômica recebida a título de anistia política.....	391
5.3.9. Comemoração da implantação da ditadura no Brasil (Golpe de 1964) e ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública da União.....	391
6. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil	392

6.1. Resumo do caso	393
6.2. Pontos importantes	393
6.2.1. Primeira condenação do Brasil na jurisdição contenciosa da Corte Interamericana pela existência de trabalho escravo em seu território	393
6.2.2. Reconhecimento da proibição do trabalho escravo como norma de jus cogens e obrigação erga omnes	393
6.2.3. Primeira vez que a Corte Interamericana reconhece a existência de uma discriminação estrutural histórica	393
6.2.4. Fixação dos elementos para o conceito de escravidão	394
6.2.5. A imprescritibilidade do crime de escravidão cometido no contexto de violação de direitos humanos	395
6.2.6. Alcance do art. 6.1 da CADH e aplicação do princípio pro personae	396
6.3. Conexões com o Direito brasileiro	396
6.3.1. Lista das empresas envolvidas com a prática do trabalho escravo	396
6.3.2. Expropriação de terras do proprietário envolvido com a prática de trabalho escravo	397
6.3.3. Competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de plágio	397
6.3.4. Efeito encantatório dos direitos humanos	397
7. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil	398
7.1. Resumo do caso	398
7.2. Pontos importantes	400
7.2.1. Atuação como amicus curiae da Defensoria Pública da União e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo	400
7.2.2. Repúdio aos denominados “autos de resistência à prisão”	400
7.2.3. Incompetência da Polícia Civil para investigar crimes praticados por seus agentes	401
7.2.4. Participação da vítima na investigação	402
7.2.5. Parâmetros relativos à devida diligência e prazo razoável em casos de violência sexual	403
7.2.6. Determinação para que o Estado avalie a necessidade de federalizar o processo e julgamento dos crimes	404
7.2.7. Proibição de o Estado invocar qualquer obstáculo processual para não cumprir a obrigação de investigar e punir os responsáveis	404
7.2.8. Competência da Corte Interamericana para decidir sobre violações de direitos humanos previstos na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher	405
8. Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil	406
8.1. Resumo do caso	406
8.2. Pontos importantes	407
8.2.1. Primeiro caso brasileiro sobre comunidades indígenas na jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos	407
8.2.2. Esgotamento dos recursos internos e ônus de esclarecimento ao Estado demandado	407
8.2.3. Interpretação extensiva do artigo 21 da CADH e reconhecimento da relação imemorial das comunidades indígenas e seus territórios	407
8.2.4. Corpus juris definidor das obrigações dos Estados em relação à proteção dos direitos de propriedade indígena	408

8.2.5. Previsão implícita do princípio da segurança jurídica na CADH	408
8.2.6. Necessidade de levar em consideração as características pessoais da vítima para aferir eventual prática de tortura ou de outra violação à integridade pessoal	408
8.2.7. “Greening” e o sistema interamericano de direitos humanos	408
8.3. Conexões com o Direito brasileiro	409
8.3.1. Regime jurídico das terras indígenas versus regime jurídico das terras quilombolas. ...	409
8.3.2. Caso Raposa Serra do Sol: teoria do fato indígena versus teoria do indigenato	409
8.3.3. (In)justiça de transição e comunidades indígenas brasileiras	410
8.3.4. A convocação de determinado indígena para prestar depoimento em local diverso de suas terras constringe a sua liberdade de locomoção	411
8.3.5. O cacique de determinada comunidade indígena não possui legitimidade para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo em nome de todos os integrantes da comunidade	412
8.3.6. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação penal referente aos crimes de calúnia e difamação praticados no contexto de disputa pela posição de cacique em comunidade indígena	412
8.3.7. Inconvencionalidade da PEC 215/2000	412
9. Caso Herzog e outros vs. Brasil	412
9.1. Resumo do caso	412
9.2. Pontos importantes	414
9.2.1. Segunda condenação do Estado brasileiro na jurisdição contenciosa da Corte IDH por fatos ocorridos durante o período da ditadura militar	414
9.2.2. Crimes contra a humanidade e relativização do princípio do ne bis in idem	414
9.3. Conexões com o Direito brasileiro	415
9.3.1. Mudança da causa mortis de Vladimir Herzog em sua certidão de óbito após decisão do Poder Judiciário do Estado de São Paulo	415
9.3.2. Direitos Humanos e violência contra jornalistas e profissionais da imprensa no Estado brasileiro	415
9.3.3. Criação do instituto Vladimir Herzog e “comemorações” ao aniversário da ditadura militar no Brasil	418

CAPÍTULO 3 - Medidas de urgência no sistema interamericano de proteção de direitos humanos.....419

Nota explicativa sobre as medidas de urgência no sistema interamericano de proteção de direitos humanos.....	421
Introdução	421
Medidas cautelares da CIDH	422
Medidas provisórias da Corte IDH	424
1. Medidas provisórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Brasil	426
1.1. Proibição de revista íntima ou vexatória	428
1.2. Controle da ocupação prisional conforme a capacidade do estabelecimento: um breve comentário das medidas provisórias adotadas pela Corte IDH sobre o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho	429
2. Medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Brasil	435

2.1. Medidas cautelares envolvendo ameaças a defensores de direitos humanos	435
2.2. Caso Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu vs. Brasil (“Caso Belo Monte”)	438
2.2.1. Resumo do caso	438
2.2.2. Pontos importantes	438
2.2.2.1. Descumprimento da medida cautelar pelo Brasil.	438
2.2.2.2. Violação do direito de consulta e consentimento das comunidades indígenas	439
2.2.3. Conexões com o Direito brasileiro.	439
2.2.3.1. “Greening” e o sistema interamericano de direitos humanos.	439
2.2.3.2. Normas de proteção do meio ambiente como obrigações erga omnes	440
3. Caso B. vs. El Salvador	440
3.1. Resumo do caso	440
3.2. Pontos importantes	440
3.2.1. Convencionalidade do aborto de feto anencéfalo à luz do direito à vida da gestante. .	441
3.3. Conexões com o Direito brasileiro	441
3.3.1. Aborto de feto anencéfalo e ADPF 54.	441
3.3.2. Interrupção da gravidez no primeiro trimestre de gestação	441
3.3.3. Modalidades de aborto permitidas e proibidas no Direito brasileiro	442
3.3.4. Violência obstétrica	443
3.3.5. Teoria do direito de não nascer e sua inaplicabilidade no direito brasileiro.	444

CAPÍTULO 4 - Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.445

Nota explicativa sobre a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos ..	447
Previsão normativa, finalidade e alcance das opiniões consultivas	447
Características do procedimento consultivo	449
Objeto da consulta	449
Opinião consultiva de interpretação	450
Opinião consultiva de compatibilidade	453
Requisitos que devem ser observados na apresentação do pedido de opinião consultiva.	455
Procedimento para emissão da opinião consultiva	455
Efeito jurídico das opiniões consultivas	458
Opiniões consultivas já emitidas pela Corte IDH	459
1. Opinião Consultiva OC-1/82, de 24.09.1982: “Outros tratados” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)	461
2. Opinião Consultiva OC-2/82, de 24.09.1982: O efeito das reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 74 e 75).	463
3. Opinião Consultiva OC-3/83, de 08.09.1983: Restrições a pena de morte (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).	464
4. Opinião Consultiva OC-4/84, de 19.01.1984: Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização	466
5. Opinião Consultiva OC-5/85, de 13.11.1985: O registro profissional obrigatório de jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)	470

6. Opinião Consultiva OC-6/86, de 09.06.1986: A expressão “leis” no art. 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos	472
7. Opinião Consultiva OC-7/86, de 29.08.1986: Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (artigos 14.1, 1.1 e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).....	473
8. Opinião Consultiva OC-8/87, de 30.01.1987: O habeas corpus sob suspensão de garantias (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).....	474
9. Opinião Consultiva OC-9/87, de 06.10.1987: Garantias judiciais em estados de emergência (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).....	478
10. Opinião Consultiva OC-10/89, de 14.07.1989: Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....	479
11. Opinião Consultiva OC-11/90, de 10.08.1990: Exceções ao esgotamento dos recursos internos (arts. 46.1, 46.2 e 46.2.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).....	480
12. Opinião Consultiva OC-12/91, de 06.12.1991: Compatibilidade de um projeto de lei com o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....	481
13. Opinião Consultiva OC-13/93, de 16.07.1993: Certas atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)	482
14. Opinião Consultiva OC-14/94, de 09.12.1994: Responsabilidade internacional pela expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção (arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).....	485
15. Opinião Consultiva OC-15/97, de 14.09.1997: Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos	485
16. Opinião Consultiva OC-16/99, de 01.10.1999: O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal	486
17. Opinião Consultiva OC-17/2002, de 28.08.2002: Condição jurídica e direitos da criança.....	489
18. Opinião Consultiva OC-18/03, de 17/09/2003: A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados	492
19. Opinião Consultiva OC-19/2005, de 28.11.2005: Controle de legalidade no exercício das atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41, 44 e 41 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)	495
20. Opinião Consultiva OC-20/09, de 29.09.2009: Art. 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos	495
21. Opinião Consultiva OC-21/14, de 19.08.2014: Direitos e garantias das crianças no contexto da migração e/ou necessidade de proteção internacional	498
22. Opinião Consultiva OC-22/16, de 26.02.2016: Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos (interpretação e alcance do art. 1.2, em relação com os artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como com o art. 8.1.a e b do Protocolo de San Salvador).....	501
23. Opinião Consultiva OC-23/17, de 15.11.2017: Meio ambiente e direitos humanos (obrigações estatais em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal – interpretação e alcance dos artigos 4.1 e 5.1 em relação aos artigos 1.1 e 2º da CADH) ...	503

24. Opinião Consultiva OC-24/17, de 24.11.2017: Identidade de gênero e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e os direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao art. 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos	509
25. Opinião Consultiva OC-25/18, de 30.05.2018: A instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no sistema interamericano de proteção (interpretação e alcance dos artigos 5, 22.7 e 22.8 em relação com o art. 1.1 da CADH).	514

CAPÍTULO 5 - Casos contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos 519

Nota explicativa sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos	521
Evolução histórica do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos	521
Etapa dos antecedentes da criação (1826-1948).	521
Etapa da inauguração e formação do sistema (1948-1959).	523
Etapa do início do período de monitoramento (1959-1969).	524
Etapa da institucionalização convencional do sistema (1969-1978).	525
Etapa da consolidação e do aperfeiçoamento do sistema (1978-dias de hoje).	526
A divisão do sistema interamericano em dois subsistemas.	526
A Comissão Interamericana de Direitos Humanos	526
Funções da CIDH.	528
Composição da CIDH	530
Funcionamento da CIDH	530
Relatorias e grupos de trabalho.	533
1. Caso José Pereira vs. Brasil	533
1.1. Resumo do caso	533
1.2. Pontos importantes.	534
1.2.1. Compromisso internacional assumido pelo Brasil de defender a competência federal para julgamento do crime de redução à condição análoga à de escravo	534
1.2.2. Trabalho escravo no Direito internacional e interno.	534
1.2.3. Primeiro acordo de solução amistosa envolvendo o Brasil	534
2. Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão vs. Brasil.	535
2.1. Resumo do caso	535
2.2. Pontos importantes.	536
2.2.1. Pela primeira vez, o Estado brasileiro celebrou um acordo de solução amistosa na CIDH após a admissibilidade do caso e antes da deliberação final.	536
2.2.2. Impossibilidade de o Estado alegar que o fato foi praticado por ente federado para eximir-se de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.	536
2.2.3. Paradiplomacia	537
3. Caso Maria da Penha Fernandes vs. Brasil	537
3.1. Resumo do caso	537
3.2. Pontos importantes	538
3.2.1. Questões relacionadas à violência de gênero, violência contra a mulher e diplomas normativos internacionais acerca do tema	538

3.2.2. Primeira vez em que a CIDH aplicou a Convenção de Belém do Pará	539
3.2.3. Criação da Lei Maria da Penha	539
4. Caso Jailton Neri da Fonseca vs. Brasil	539
4.1. Resumo do caso	539
4.2. Pontos importantes	540
4.2.1. Primeiro caso brasileiro sobre violação do direito à audiência de custódia na CIDH ...	540
5. Caso Simone André Diniz vs. Brasil	540
5.1. Resumo do caso	540
5.2. Pontos importantes	542
5.2.1. Primeira vez que um país-membro da OEA é responsabilizado na CIDH por racismo ..	542
5.2.2. Paradigma do denominado “racismo institucional”	542
6. Caso Carandiru	542
6.1. Resumo do caso	542
6.2. Pontos importantes	545
6.2.1. A impunidade das violações de direitos humanos ocorridas no Caso Carandiru e o descumprimento das recomendações da CIDH	545
6.2.2. Impossibilidade de concessão de indulto	547
6.2.3. Possibilidade de submissão do caso à jurisdição contenciosa da Corte IDH	548
6.2.4. Obrigações do Estado diante de motim em estabelecimento prisional.....	548
6.2.5. A imunidade parlamentar confrontada com a obrigação de investigar e punir	549
7. Caso Luiza Melinho vs. Brasil	552
7.1. Resumo do caso	552
7.2. Pontos importantes.....	553
7.2.1. Esgotamento dos recursos internos e a interposição de recursos especial e extraordinário	553
7.2.2. Oferecimento da cirurgia de afirmação sexual pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ...	555

CAPÍTULO 6 - Comentários Gerais dos Comitês da Organização das Nações Unidas (ONU) ..559

Nota explicativa sobre a competência dos comitês para expedir comentários gerais	561
1. Comitê de Direitos Humanos.....	562
1.1. Comentário Geral nº 36/2017: O artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, relativo ao direito à vida	563
1.2. Comentário Geral nº 35/2014: Artigo 9º (liberdade e segurança pessoais).....	564
1.3. Comentário Geral nº 34/2011: Artigo 19 (liberdade de opinião e liberdade de expressão) ...	568
1.4. Comentário Geral nº 33/2008: Obrigações dos Estados partes sobre o Protocolo Facultativo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos	570
1.5. Comentário Geral nº 32/2007: O direito à um julgamento imparcial e à igualdade perante os tribunais e cortes de justiça	571
1.6. Comentário Geral nº 31/2004: Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto	573
1.7. Comentário Geral nº 30/2002: Obrigação de apresentar relatórios de acordo com o artigo 40 do Pacto.....	574
1.8. Comentário Geral nº 29/2001: Estados de emergência (artigo 4º).....	575
1.9. Comentário Geral nº 28/2000: A igualdade de direitos entre homens e mulheres.....	575

1.10. Comentário Geral nº 27/1999: Liberdade de circulação (artigo 12).	576
1.11. Comentário Geral nº 26/1997: Questões relacionadas com a continuidade das obrigações do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	577
1.12. Comentário Geral nº 25/1996: O direito de participar nos assuntos públicos, direitos de voto e igual direito de acesso ao serviço público (artigo 25).	577
1.13. Comentário Geral nº 24/1994: Questões relacionadas com reservas feitas no momento da ratificação ou adesão ao Pacto ou os respectivos protocolos facultativos, ou em relação a declarações nos termos do artigo 41 do Pacto	578
1.14. Comentário Geral nº 23/1994: Os direitos das minorias	581
1.15. Comentário Geral nº 22/1993: O direito à liberdade de pensamento, consciência e religião.	581
1.16. Comentário Geral nº 21/1992: O tratamento humano das pessoas privadas de liberdade (artigo 10)	582
1.17. Comentário Geral nº 20/1992: Proibição da tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 7º)	582
1.18. Comentário Geral nº 19/1990: Proteção da família, o direito ao casamento e igualdade dos cônjuges (artigo 12)	582
1.19. Comentário Geral nº 18/1989: Não discriminação	582
1.20. Comentário Geral nº 17/1989: Direitos da criança	582
1.21. Comentário Geral nº 16/1988: O direito ao respeito pela vida privada, família, domicílio e da correspondência, e proteção da honra e reputação	582
1.22. Comentário Geral nº 15/1986: A situação dos estrangeiros nos termos do Pacto.	583
1.23. Comentário Geral nº 14/1984: O direito à vida	583
1.24. Comentário Geral nº 12/1984: O direito à autodeterminação dos povos	583
1.25. Comentário Geral nº 11/1983: Proibição de propaganda de guerra e incitamento ao ódio nacional, racial ou religioso.	583
1.26. Comentário Geral nº 6/1982: Direito à vida	583
2. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	583
2.1. Comentário Geral nº 24/2017: Obrigações dos Estados em virtude do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no contexto de atividades empresariais.	583
2.2. Comentário Geral nº 23/2016: Direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias (artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)	586
2.3. Comentário Geral nº 22/2016: Direito à saúde sexual e reprodutiva (artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).	587
2.4. Comentário Geral nº 21/2010: Direito de toda pessoa de participar na vida cultural (artigo 15.1.a do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)	589
2.5. Comentário Geral nº 20/2009: A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 2º, parágrafo 2º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)	590
2.6. Comentário Geral nº 19/2008: O direito à seguridade social (artigo 9º).	591
2.7. Comentário Geral nº 18/2015: O direito ao trabalho	592
2.8. Comentário Geral nº 17/2005: Direito de toda pessoa a se beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais que lhe correspondam por razão das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autor	592
2.9. Comentário Geral nº 16/2005: A igualdade de direitos do homem e da mulher no desfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 3º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)	593

2.8. Comentário Geral nº 15/2002: O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)	593
2.9. Comentário Geral nº 14/2000: O direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)	594
2.10. Comentário Geral nº 13/1999: O direito à educação (artigo 13 do Pacto)	595
2.11. Comentário Geral nº 12/1999: O direito a uma alimentação adequada (artigo 11)	601
2.12. Comentário Geral nº 11/1999: Planos de ação para o ensino primário (artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).	602
2.13. Comentário Geral nº 10/1998: A função das instituições nacionais dos direitos humanos na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais	602
2.14. Comentário Geral nº 9/1998: A aplicação interna do Pacto.	606
2.15. Comentário Geral nº 8/1997: Relação entre as sanções econômicas e o respeito dos direitos econômicos, sociais e culturais	606
2.16. Comentário Geral nº 7/1997: O direito a uma moradia adequada (parágrafo 1º do artigo 11 do Pacto) – os despejos forçados	606
2.17. Comentário Geral nº 6/1995: Os direitos econômicos, sociais e culturais das pessoas idosas	608
2.18. Comentário Geral nº 5/1994: As pessoas com deficiência	608
2.19. Comentário Geral nº 4/1991: O direito a uma moradia adequada	608
2.20. Comentário Geral nº 3/1990: A natureza das obrigações dos Estados Partes.	610
2.21. Comentário Geral nº 2/1990: Medidas internacionais de assistência técnica (artigo 22 do Pacto)	611
2.22. Comentário Geral nº 1/1989: Apresentação de relatórios pelos Estados Partes	611
3. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial	612
3.1. Comentário Geral nº 35/2013: A luta contra o discurso de ódio racista	612
3.2. Comentário Geral nº 34/2011: Discriminação judicial contra afrodescendentes	613
3.3. Comentário Geral nº 33/2009: Acompanhamento da Conferência de Revisão de Durban	613
3.4. Comentário Geral nº 32/2009: Significado e alcance das medidas especiais da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.	613
3.5. Comentário Geral nº 31/2005: Prevenção da discriminação racial na administração e no funcionamento da justiça penal.	614
3.6. Comentário Geral nº 30/2004: Discriminação contra os não cidadãos.	614
3.7. Comentário Geral nº 29/2002: Discriminação baseada na ascendência	614
3.8. Comentário Geral nº 28/2002: Continuação da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância correlata	614
3.9. Comentário Geral nº 27/2000: Discriminação contra os ciganos	614
3.10. Comentário Geral nº 26/2000: Sobre o artigo 6º da Convenção.	615
3.11. Comentário Geral nº 25/2000: Dimensões da discriminação racial relacionadas ao gênero	615
3.11. Comentário Geral nº 23/1997: Direitos dos povos indígenas	615
3.12. Comentário Geral nº 22/1996: O artigo 5º da Convenção e os refugiados e as pessoas deslocadas	616
3.13. Comentário Geral nº 21/1996: O direito à livre determinação	616
3.14. Comentário Geral nº 20/1996: O artigo 5º da Convenção	616
3.15. Comentário Geral nº 19/1995: O artigo 3º da Convenção	616

3.16. Comentário Geral nº 18/1994: O estabelecimento de um tribunal internacional para o processamento dos crimes contra a humanidade	616
3.17. Comentário Geral nº 17/1993: O estabelecimento de instituições nacionais para facilitar a aplicação da Convenção	616
3.18. Comentário Geral nº 16/1993: A aplicação do artigo 9º da Convenção	616
3.19. Comentário Geral nº 15/1993: O artigo 4º da Convenção	616
3.20. Comentário Geral nº 14/1993: O parágrafo 1º do artigo 1º da Convenção	617
3.21. Comentário Geral nº 13/1993: A formação dos funcionários encarregados da aplicação da lei quanto à proteção dos direitos humanos.	617
3.22. Comentário Geral nº 12/1993: Estados sucessores	617
3.23. Comentário Geral nº 11/1993: Os não cidadãos	617
3.24. Comentário Geral nº 10/1991: Assistência técnica.	617
3.25. Comentário Geral nº 9/1990: A aplicação do parágrafo 1º do artigo 8º da Convenção.	617
3.26. Comentário Geral nº 8/1990: A interpretação e a aplicação dos parágrafos 1º e 4º da Convenção	617
3.27. Comentário Geral nº 7/1985: Aplicação do artigo 4º da Convenção	617
3.28. Comentário Geral nº 6/1982: Relatórios atrasados	617
3.29. Comentário Geral nº 5/1977: Apresentação de relatórios pelos Estados Partes.	617
3.30. Comentário Geral nº 4/1973: Apresentação de relatórios pelos Estados Partes.	618
3.31. Comentário Geral nº 3/1972: Apresentação de relatórios pelos Estados Partes	618
3.32. Comentário Geral nº 2/1972: Obrigações dos Estados Partes.	618
3.33. Comentário Geral nº 1/1972: Obrigações dos Estados Partes	618
4. Comitê contra a Tortura	618
4.1. Comentário Geral nº 04/2017: Aplicação do artigo 3º da Convenção no contexto do artigo 22.	619
4.2. Comentário Geral nº 03/2012: Aplicação do artigo 14 pelos Estados Partes	620
4.3. Comentário Geral nº 02/2008: Aplicação do artigo 2º pelos Estados Partes	622
5. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	624
5.1. Comentário Geral nº 07/2018: Participação das pessoas com deficiência, incluídas crianças com deficiência, através das organizações que as representam, na aplicação e observância da Convenção	624
5.2. Comentário Geral nº 06/2018: Igualdade e não discriminação.	625
5.3. Comentário Geral nº 05/2017: Direito a viver de forma independente e a ser incluído na comunidade.	628
5.4. Comentário Geral nº 04/2016: Direito à educação inclusiva	628
5.5. Comentário Geral nº 03/2016: As mulheres e meninas com deficiência	629
5.6. Comentário Geral nº 02/2014: Acessibilidade	630
5.7. Comentário Geral nº 01/2014: Igual reconhecimento como pessoa perante a lei.	632
6. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher.	633
6.1. Comentário Geral nº 37/2018: As dimensões de gênero da redução do risco de desastres no contexto da mudança climática	633
6.2. Comentário Geral nº 36/2017: Direito das meninas e mulheres à educação	634
6.3. Comentário Geral nº 35/2017: Violência de gênero contra a mulher.	634
6.4. Comentário Geral nº 34/2016: Direitos das mulheres rurais	634
6.5. Comentário Geral nº 33/2015: Acesso das mulheres à justiça.	635

6.6. Comentário Geral nº 32/2014: Dimensões de gênero do estatuto de refugiada, o asilo, a nacionalidade e a apatridia das mulheres.	637
6.7. Comentário Geral nº 31/2014: Direito das crianças sobre as práticas nocivas	638
6.8. Comentário Geral nº 30/2013: Sobre as mulheres na prevenção de conflitos, situações de conflito e pós-conflito	640
6.9. Comentário Geral nº 29/2013: Consequências econômicas do casamento, das relações familiares e sua dissolução	640
6.10. Comentário Geral nº 28/2010: As principais obrigações dos Estados partes nos termos do artigo 2º da Convenção	641
6.11. Comentário Geral nº 27/2010: Proteção dos direitos humanos de mulheres idosas	641
6.12. Comentário Geral nº 26/2008: Trabalhadoras migrantes	641
6.13. Comentário Geral nº 25/2004: Medidas especiais de caráter temporário	642
6.14. Comentário Geral nº 24/1999: A mulher e a saúde	642
6.15. Comentário Geral nº 23/1997: Vida política e pública	644
6.16. Comentário Geral nº 22/1995: Emenda do artigo 20 da Convenção	645
6.17. Comentário Geral nº 21/1994: A igualdade no casamento e nas relações familiares	645
6.18. Comentário Geral nº 20/1992: Reservas formuladas em relação à Convenção	645
6.19. Comentário Geral nº 19/1992: A violência contra a mulher	645
6.20. Comentário Geral nº 18/1991: As mulheres com deficiência	645
6.21. Comentário Geral nº 17/1991: Medição e quantificação do trabalho doméstico não remunerado da mulher e seu reconhecimento no produto interno bruto	645
6.22. Comentário Geral nº 16/1991: As mulheres que trabalham sem remuneração em empresas familiares rurais e urbanas	645
6.23. Comentário Geral nº 15/1990: Necessidade de evitar a discriminação contra a mulher nas estratégias nacionais de ação preventiva e luta contra a AIDS	645
6.24. Comentário Geral nº 14/1990: A circuncisão feminina	646
6.25. Comentário Geral nº 13/1989: Igual remuneração por trabalho de igual valor	646
6.26. Comentário Geral nº 12/1989: A violência contra a mulher	646
6.27. Comentário Geral nº 11/1989: Serviços de assessoramento técnico sobre as obrigações em matéria de apresentação de relatórios	646
6.28. Comentário Geral nº 10/1989: Décimo aniversário da aprovação da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	646
6.29. Comentário Geral nº 9/1989: Estatísticas relativas à condição da mulher	646
6.30. Comentário Geral nº 8/1988: Aplicação do artigo 8º da Convenção	646
6.31. Comentário Geral nº 7/1988: Recursos	646
6.32. Comentário Geral nº 6/1988: Mecanismo nacional efetivo e publicidade	646
6.33. Comentário Geral nº 5/1988: Medidas especiais temporárias	646
6.34. Comentário Geral nº 4/1987: Reservas	646
6.35. Comentário Geral nº 3/1987: Campanhas de educação e divulgação	646
6.36. Comentário Geral nº 2/1987: Apresentação de relatórios pelos Estados Partes	647
6.37. Comentário Geral nº 1/1986: Apresentação de relatórios pelos Estados Partes	647
7. Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias	647
7.1. Comentário Geral nº 4/2017: Obrigações dos Estados relativas aos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional nos países de origem, trânsito, destino e retorno	647

7.2. Comentário Geral nº 3/2017: Princípios gerais relativos aos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional	648
7.3. Comentário Geral nº 2/2013: Direitos dos trabalhadores migrantes em situação irregular e de suas famílias.	649
7.4. Comentário Geral nº 1/2011: Trabalhadores domésticos migrantes	651
8. Comitê para os Direitos da Criança	653
8.1. Comentário Geral nº 24/2019: Direitos das crianças no sistema de justiça.	653
8.2. Comentário Geral nº 23/2017: Obrigações dos Estados relativas aos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional nos países de origem, trânsito, destino e retorno	654
8.3. Comentário Geral nº 22/2017: Princípios gerais relativos aos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional	654
8.4. Comentário Geral nº 21/2017: Crianças de rua.	655
8.5. Comentário Geral nº 20/2016: Efetividade dos direitos da criança durante a adolescência	657
8.6. Comentário Geral nº 19/2016: A elaboração de orçamentos públicos para tornar efetivos os direitos da criança.	658
8.7. Comentário Geral nº 18/2014: Práticas nocivas	659
8.8. Comentário Geral nº 17/2013: Direito da criança ao descanso, à recreação, à brincadeira, às atividades recreativas, à vida cultural e às artes	659
8.9. Comentário Geral nº 16/2013: Obrigações do Estado em relação ao impacto do setor empresarial nos direitos da criança	660
8.10. Comentário Geral nº 15/2013: O direito da criança ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (artigo 24).	660
8.11. Comentário Geral nº 14/2013: O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3º, parágrafo 1º).	661
8.12. Comentário Geral nº 13/2011: Direito da criança de não ser objeto de nenhuma forma de violência	662
8.13. Comentário Geral nº 12/2009: O direito da criança de ser escutada	662
8.14. Comentário Geral nº 11/2009: As crianças indígenas e seus direitos em virtude da Convenção	663
8.15. Comentário Geral nº 9/2007: Os direitos das crianças com deficiência.	663
8.16. Comentário Geral nº 8/2006: O direito da criança à proteção contra castigos corporais e outras formas de castigo cruéis ou degradantes.	664
8.17. Comentário Geral nº 7/2005: Realização dos direitos da criança na primeira infância.	664
8.18. Comentário Geral nº 6/2005: Tratamento de menores não acompanhados ou separados de sua família fora de seu país de origem.	665
8.19. Comentário Geral nº 5/2003: Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança	665
8.20. Comentário Geral nº 4/2003: A saúde e o desenvolvimento dos adolescentes no contexto da Convenção sobre os Direitos da Criança.	665
8.21. Comentário Geral nº 3/2003: A AIDS e os direitos da criança	665
8.22. Comentário Geral nº 2/2002: O papel das instituições nacionais de direitos humanos na promoção e proteção dos direitos da criança	666
8.23. Comentário Geral nº 1/2001: Propósitos da educação	666

Nota explicativa sobre o mecanismo convencional das petições individuais perante os Comitês. . .	669
1. Caso Alynne Pimentel Teixeira vs. Brasil	670
1.1. Resumo do caso	670
1.2. Pontos importantes.	671
1.2.1. O que é o Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres?	671
1.2.2. Primeiro caso em que o Brasil foi responsabilizado no sistema global de proteção dos direitos humanos (sistema convencional contencioso quase judicial das Nações Unidas). . .	672
1.2.3. O Caso Alynne Pimentel é a primeira denúncia sobre mortalidade materna acolhida pelo Comitê da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	672
1.2.4. Cumprimento pelo Brasil de uma das recomendações do Comitê no Caso Alynne Pimentel	673
2. Caso Lula	673
2.1. Resumo do caso	673
2.2. Pontos importantes.	675
2.2.1. Fundamento normativo da competência do Comitê de Direitos Humanos para determinar medidas provisórias	675
2.2.2. Natureza das decisões do Comitê de Direitos Humanos: vinculante ou meras recomendações?	675
2.2.3. O descumprimento pelo Brasil das medidas provisórias determinadas pelo Comitê de Direitos Humanos no Caso Lula	676

CAPÍTULO 8 - Decisões da Corte Internacional de Justiça679

Nota explicativa sobre a competência contenciosa da Corte Internacional de Justiça	681
1. Caso Reino Unido vs. Albânia (Estreito de Corfu)	682
1.1. Resumo do caso	682
1.2. Pontos importantes.	683
1.2.1. Primeiro caso julgado pela Corte Internacional de Justiça.	683
1.2.2. Reconhecimento do direito de passagem inocente como norma consuetudinária de direito internacional.	683
1.2.3. Aceitação tácita da jurisdição da Corte Internacional de Justiça pela Albânia.	684
1.2.4. É possível falar em um direito de passagem inocente para aeronaves?	684
2. Caso Bélgica vs. Espanha (Barcelona Traction)	684
2.1. Resumo do caso	684
2.2. Pontos importantes.	685
2.2.1. O caso envolve o instituto da proteção diplomática	685
2.2.2. Reconhecimento da existência de obrigações erga omnes no direito internacional. . .	686
3. Caso Colômbia vs. Peru (Haya de La Torre)	686
3.1. Resumo do caso	686
3.2. Pontos importantes	686
3.2.1. O asilo diplomático é um costume internacional regional, aplicado apenas no âmbito da América Latina.	687
3.2.2. Cabe ao Estado asilante classificar a natureza do delito ou dos motivos da perseguição	

para a finalidade de concessão do asilo diplomático	687
3.3. Conexões com o Direito brasileiro	687
3.3.1. Espécies de asilo	687
3.3.2. Asilo versus refúgio	688
3.3.3. Natureza constitucional do asilo e seus pressupostos	688
3.3.4. Costume internacional sábio versus costume internacional selvagem	688
4. Caso Congo vs. Bélgica (Caso Yerodia)	689
4.1. Resumo do caso	689
4.2. Pontos importantes	690
4.2.1. A imunidade de Ministro das Relações Exteriores é absoluta e equivale à imunidade diplomática	690
4.2.2. Jurisdição penal universal e suas modalidades	690
4.2.3. Não há um costume internacional que permita a aplicação da jurisdição universal penal in absentia	692
4.3. Conexões com o Direito brasileiro	692
4.3.1. Intraterritorialidade da lei penal	692
4.3.2. Impossibilidade de validação automática da difusão vermelha (red notice)	692
4.3.3. O Supremo Tribunal Federal não possui competência para julgar habeas corpus contra chefe da INTERPOL	693
4.3.4. A Interpol tem legitimidade para formular perante o Ministério da Justiça pedido de prisão cautelar para fins de extradição	694
5. Caso Alemanha vs. Itália e Grécia como terceiro interveniente (Caso Ferrini)	694
5.1. Resumo do caso	694
5.2. Pontos importantes	695
5.2.1. Nem mesmo a grave violação de direitos humanos relativiza a imunidade de jurisdição estatal	695
5.2.2. Teoria moderna sobre o alcance da imunidade de jurisdição estatal: distinção entre atos de gestão e atos de império	695
5.2.3. A Corte Internacional de Justiça admitiu um terceiro Estado como interveniente	696
5.2.4. Voto dissidente do juiz brasileiro Augusto Cançado Trindade	696
5.3. Conexões com o Direito brasileiro	696
5.3.1. Convergência entre o entendimento da Corte Internacional de Justiça e o entendimento da Justiça brasileira	696
6. Caso Bélgica vs. Senegal (Caso Habré)	696
6.1. Resumo do caso	696
6.2. Pontos importantes	697
6.2.1. Jurisdição universal prevista para o crime de tortura na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes	697
6.2.2. As obrigações de investigar e julgar ou extraditar (aut dedere aut judicare) previstas na Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes são obrigações erga omnes	698
6.2.3. A Corte Internacional de Justiça afirmou no Caso Bélgica vs. Senegal que a proibição da prática de tortura é uma norma consuetudinária de jus cogens	698

6.2.4. As obrigações de aut dedere aut judicare previstas na Convenção da ONU contra a Tortura e dotadas de natureza de obrigações erga omnes (conforme decisão da própria CIJ no Caso Habré) estão submetidas ao art. 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.	699
6.2.5. Após a decisão da Corte Internacional de Justiça no Caso Bélgica vs. Senegal, criou-se um Tribunal Internacional Híbrido para julgar Hissenè Habré.	699
6.3. Conexões com o Direito brasileiro.	699
6.3.1. O delito de tortura pela Lei 9.455/1997.	699
6.3.2. Extraterritorialidade incondicionada do crime de tortura no ordenamento jurídico brasileiro.	700
6.3.3. O delito de tortura na ordem internacional.	700
6.3.4. Convergências entre a Convenção da ONU contra a Tortura e a Convenção Interamericana contra a Tortura.	702
6.3.5. Divergências entre a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e a Convenção Interamericana contra a Tortura.	702
6.3.6. Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (Lei 12.847/2013).	702
6.3.7. Teoria da bomba relógio (ticking bomb scenario) e sua inaplicabilidade no direito brasileiro.	702
6.3.8. Maus-tratos versus tortura na visão da Corte Europeia de Direitos Humanos.	703
7. Caso Chile vs. Peru (Disputa marítima).	704
7.1. Resumo do caso.	704
7.2. Pontos importantes.	704
7.2.1. A Declaração de Santiago de 1952 possui natureza jurídica de tratado internacional.	704
7.2.2. Caráter consuetudinário das normas que delimitam as zonas econômicas exclusivas entre Estados com costas adjacentes.	704
7.2.3. Possibilidade de aplicação das regras de interpretação dos tratados internacionais previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) às convenções internacionais firmadas em momento anterior à CVDT.	705
8. Caso Austrália vs. Japão (Caso das atividades baleeiras).	705
8.1. Resumo do caso.	705
8.2. Pontos importantes.	706
8.2.1. O programa de atividades baleeiras de titularidade do Estado japonês conhecido como “JARPA II” violou a Convenção Internacional para a Regulação das Atividades Baleeiras.	706
8.2.2. A qual Estado pertence a Antártida?.	706
9. Caso Nottebohm (Liechtenstein x Guatemala).	706
9.1. Resumo do caso.	706
9.2. Pontos importantes.	707
9.2.1. Necessidade da existência de vínculo efetivo e genuíno entre o Estado e o indivíduo para fins de concessão de proteção diplomática.	707
9.3. Conexões com o Direito Brasileiro:	707
9.3.1. Extradicação em casos de dupla-nacionalidade e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.	707
10. Caso México vs. Estados Unidos (“Caso Avena e outros Cidadãos Mexicanos”).	708
10.1. Resumo do caso.	708

10.2. Pontos importantes.	708
10.2.1. Importância do direito à notificação e assistência consular aos indivíduos detidos em país estrangeiro.	708
10.3. Conexões com o Direito Brasileiro:.....	708
10.3.1. Importância do direito à notificação e assistência consular na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e citação expressa ao Caso Avena	708
CAPÍTULO 9 - Pareceres consultivos da Corte Internacional de Justiça.	711
Nota explicativa sobre a competência consultiva da Corte Internacional de Justiça.....	713
1. Caso Folke Bernadote.	714
1.1. Resumo do caso	714
1.2. Pontos importantes.	715
1.2.1. Reconhecimento da personalidade internacional das organizações internacionais	715
1.2.2. Reconhecimento da ONU como sujeito de direito internacional e a possibilidade de ela exercer proteção funcional sobre seus funcionários, inclusive com primazia sobre a proteção diplomática do Estado patrial do funcionário	715
CAPÍTULO 10 - Decisões do Tribunal Penal Internacional.	717
Nota explicativa sobre o Tribunal Penal Internacional.	719
Introdução	719
Estrutura orgânica	721
Presidência.	721
Divisões Judiciais.	721
Gabinete do Procurador	723
Secretaria	725
Fundo Fiduciário para Vítimas.	725
Composição, candidatura e eleição dos juizes.	726
Crimes de competência do TPI.	727
Condições para o exercício da competência pelo TPI	734
Disposições penais aplicáveis ao julgamento pelo TPI.	735
Procedimento de investigação, instrução, julgamento e execução da pena.	737
A relação do Brasil com o TPI	737
1. Caso Thomas Lubanga Dyilo	739
1.1. Resumo do caso	739
1.2. Pontos importantes.	740
1.2.1. Primeira condenação proferida pelo Tribunal Penal Internacional.	740
1.2.2. Desuso do testemunho de ouvi dizer pelo Tribunal Penal Internacional	740
1.2.3. Recrutamento e alistamento de “crianças” para servir em milícia	740
1.2.4. Críticas à tramitação do processo	740
1.3. Conexões com o Direito brasileiro	741
1.3.1. Impossibilidade de instauração de inquérito policial com base exclusivamente no testemunho de ouvi dizer	741

1.3.2. Tribunais internacionais e suas gerações	741
2. Caso Mathieu Ngudjolo Chui.	742
2.1. Resumo do caso	742
2.2. Pontos importantes.	742
2.2.1. Primeira absolvição proferida pelo Tribunal Penal Internacional.	743
2.2.2. O Caso Chui ocorreu no mesmo contexto fático do Caso Germain Katanga.	743
3. Caso Germain Katanga.	743
3.1. Resumo do caso	743
3.2. Pontos importantes	744
3.2.1. Segunda condenação proferida pelo TPI	744
3.2.2. O Caso Germain Katanga ocorreu no mesmo contexto fático do Caso Chui.	744
4. Caso Jean Pierre Bemba	744
4.1. Resumo do caso	744
4.2. Pontos importantes	745
4.2.1. O TPI utilizou pela primeira vez a teoria do domínio da posição (command responsibility).	745
4.2.2. Aplicação do princípio da irrelevância da qualidade oficial.	745
4.3. Conexões com o Direito brasileiro	745
4.3.1. Caso Mensalão e aplicação da teoria do domínio do fato à brasileira.	745
5. Caso Ahamad Al-Faqi Al-Mahdi.	746
5.1. Resumo do caso	746
5.2. Pontos importantes	746
5.2.1. Primeira condenação proferida pelo TPI fundada em crime de guerra pela destruição de patrimônio cultural.	746
5.2.2. Primeiro caso em que o TPI aplicou o procedimento para os casos de confissão, previsto no art. 65 do Estatuto de Roma	746
5.3. Conexões com o Direito brasileiro	747
5.3.1. O Brasil ratificou e internalizou a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Illicitamente Exportados.	747
6. Caso Omar Al Bashir “Caso Dafur”	747
6.1. Resumo do caso	747
6.2. Pontos importantes	748
6.2.1. Primeiro litígio internacional que o Conselho de Segurança da ONU adjudicou e remeteu o feito ao Tribunal Penal Internacional.	748
6.3. Conexões com o Direito brasileiro	748
6.3.1. O Estado brasileiro recebeu um mandado de captura e detenção expedido pelo TPI referente ao Caso Omar Al Bashir	748
6.3.2. Competência para receber e processar pedidos de entrega emitidos pelo Tribunal Penal Internacional	749
CAPÍTULO 11 - Decisões de outros tribunais penais internacionais.	751
Nota explicativa sobre os demais tribunais penais internacionais.	753
1. Caso Charles Taylor (Caso Diamantes de Sangue).	753
1.1. Resumo do caso	753

1.2. Pontos importantes.....	754
1.2.1. Condenação proferida por um Tribunal internacional híbrido.....	754
1.2.2. “Desaforamento internacional”.....	754
1.2.3. Não obrigatoriedade dos membros da ONU de cooperar com o Tribunal Especial para Serra Leoa	754
2. Caso Dusko Tadic	755
2.1. Resumo do caso	755
2.2. Pontos importantes.....	756
2.2.1. Breve síntese sobre a criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.	756
2.2.2. Primeiro caso a ser julgado no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia	756
2.2.3. Obrigatoriedade dos membros da ONU de cooperar com o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia	756
2.2.4. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia é regido pelo princípio da primazia	757
2.2.5. Codificação dos elementos de crimes internacionais associados ao devido processo legal e ao direito de defesa.	757
2.2.6. Desnecessidade do war nexus para caracterização de crime contra a humanidade ...	757
Anexo 1 - Resumo da obra	759
Anexo 2 - Índice remissivo temático	799
Bibliografia.....	807

Lista das principais abreviaturas

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das disposições constitucionais transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIDEF	Associação Interamericana de Defensorias Públicas
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDDPH	Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana
CEDH	Convenção Europeia sobre Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNDH	Conselho Nacional de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPM	Código Penal Militar
CPP	Código de Processo Penal
CPPM	Código de Processo Penal Militar
CVDT	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
DESC	Direitos econômicos, sociais e culturais
DESCA	Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais
DIDHs	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DOI-CODI	Destacamento de Operações de Informação – Centro de Operações de Defesa Interna
DPI	Defensoria Pública Interamericana
DPU	Defensoria Pública da União
EC	Emenda constitucional
EOAB	Estatuto da OAB
ER	Estatuto de Roma
Ext	Extradição
FIV	Fertilização in vitro
HC	Habeas corpus
IDC	Incidente de deslocamento de competência
INDH	Instituição nacional de direitos humanos

J.	Julgado
Min.	Ministro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OC	Opinião consultiva
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PFDC	Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão
PGR	Procuradoria-Geral da República
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RE	Recurso extraordinário
REsp	Recurso especial
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RHC	Recurso em habeas corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
SUS	Sistema Único de Saúde
SV	Súmula vinculante
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TESL	Tribunal Especial para Serra Leoa
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPII	Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

CAPÍTULO 1

**Decisões da Corte Interamericana de Direitos
Humanos em casos contenciosos contra Estados
estrangeiros**

CAPÍTULO 1

DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS EM CASOS CONTENCIOSOS
CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS**Nota explicativa sobre a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é uma instituição judicial autônoma do sistema interamericano que tem como objetivo aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), podendo também, no exercício da sua competência consultiva, expandir a atividade interpretativa para outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

A natureza jurídica de instituição judicial autônoma da Corte IDH, reconhecida em seu Estatuto (art. 1º) e em sua jurisprudência (Opinião Consultiva nº 1/1982, § 19), a coloca como órgão da própria Convenção Americana, não integrando – diferentemente da Comissão Interamericana – a estrutura da Organização dos Estados Americanos (OEA). No entanto, duas advertências importantes devem ser feitas sobre a autonomia da Corte em relação à OEA.

A primeira delas é que autonomia não significa completa ausência de controle e de participação da OEA nos trabalhos da Corte. Para exemplificar a relatividade dessa autonomia, tenhamos em conta que, nos termos da CADH, a OEA: (1) escolhe os juízes da Corte por meio da sua Assembleia-Geral (art. 53.1); (2) determina o lugar da sede da Corte por meio da sua Assembleia-Geral (art. 58.1); (3) dirige – no que não for incompatível com a independência da Corte – a Secretaria da Corte por meio do seu Secretário-Geral (art. 59); (4) aprova o Estatuto da Corte por meio da sua Assembleia-Geral (art. 60); (5) auxilia na supervisão do cumprimento das decisões da Corte, devendo esta submeter à Assembleia-Geral, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades do ano anterior (art. 65); (6) aprova o orçamento da Corte por meio da sua Assembleia-Geral (art. 72); e (7) exerce poder disciplinar e sancionatório sobre os juízes da Corte por meio da sua Assembleia-Geral (art. 73).

A segunda advertência diz respeito ao fato de que a integração orgânica de um tribunal à estrutura de uma organização internacional – o que não ocorre com a Corte IDH, repita-se –, por si só, não implica em prejuízo para a independência daquele. Para exemplificar essa afirmação, basta lembrarmos da Corte Internacional de Justiça, criada e estabelecida como o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (Carta da ONU, art. 7.1), integrando a estrutura desta sem mitigar sua autonomia decisória e a independência dos seus juízes.

A Corte Interamericana é regida juridicamente pela CADH (artigos 52 a 69), assim como pelo seu Estatuto, elaborado por ela e aprovado pela Assembleia-Geral da OEA em 1979, e pelo seu Regulamento, expedido por ela própria, datando o primeiro de 1980, seguido e substituído depois, sucessivamente, pelos Regulamentos de 1991, 1996, 2000, 2003 e 2009. A diferença entre o estatuto e o regulamento, conforme muito bem sintetiza

García Ramírez, consiste em que o primeiro veicula disposições essencialmente orgânicas, que desenvolvem e complementam a Convenção Americana, enquanto que o regulamento trata predominantemente de questões processuais – assunto em que a CADH não aprofunda muito –, contendo também algumas disposições de caráter orgânico¹.

Diferentemente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que foi criada por meio de resolução de Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores, vindo a integrar formalmente a estrutura de um tratado – a Carta da OEA – somente anos mais tarde, com o Protocolo de Buenos Aires (1967), a Corte IDH já nasceu com *base convencional*, pois foi criada pela Convenção Americana (1969).

Sobre a competência contenciosa da Corte IDH, vejamos primeiro o que prevê o art. 62 da CADH:

“1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial”.

Percebam, portanto, que, diferentemente da competência consultiva, a competência contenciosa consiste em cláusula facultativa, podendo os Estados a aceitarem ou não. Se decidirem aceitar a competência contenciosa da Corte IDH, os Estados assim podem proceder tanto no momento do depósito de ratificação quanto em qualquer momento posterior.

A aceitação da competência da Corte IDH, de acordo com o art. 62.2, pode ser feita a) incondicionalmente, b) sob condição de reciprocidade (só vale para casos ou demandas interestatais), c) por prazo determinado e d) para casos específicos.

O Estado que tenha aceitado a competência contenciosa da Corte IDH pode “retirar” essa declaração posteriormente? Isso ocorreu no *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru* (que será estudado nesta obra). Durante o processamento do caso, o Peru comunicou à Corte IDH que estava revogando a sua aceitação da cláusula facultativa de submissão à jurisdição contenciosa da Corte. A Corte não aceitou e disse: 1) a aceitação da competência contenciosa constitui uma *cláusula pétrea* que não admite limitações que não estejam expres-

¹ RAMÍREZ, Sérgio García. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana*. In: RAMÍREZ, Sérgio García. *La jurisdicción interamericana de derechos humanos (Estudios)*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, p. 83.

samente contidas no art. 62 da CADH; b) a única via de que dispõe o Estado para desvincular-se da competência contenciosa da Corte IDH é a denúncia da CADH como um todo; e c) ainda, se isso ocorrer, a denúncia somente produz efeitos conforme o art. 78 da CADH, que exige aviso prévio de um ano, continuando o Estado obrigado aos termos da Convenção até a data na qual a denúncia passe a produzir efeito.

No que diz respeito à competência *ratione personae* (em razão da pessoa), a Corte IDH somente tem competência para processar e julgar casos iniciados pela Comissão Interamericana ou pelos Estados-Partes da CADH (legitimados ativos) contra Estados que tenham aceitado a sua competência contenciosa (legitimados passivos).

Sobre a competência *ratione materiae* (em razão da matéria), a Corte IDH não possui competência apenas para decidir sobre violação às normas da Convenção Americana, mas também em relação a: a) documentos indicados em *normas de reenvio* (exemplo: o art. 75 da CADH invoca a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados para tratar das reservas; o art. 29 da CADH afirma que a interpretação da Convenção não pode excluir nem limitar direito previsto na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem); b) tratados que expressamente lhe concedam competência (exemplos: Protocolo de Sal Salvador, art. 19.6; Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado, art. 13); e c) outros documentos, como a Convenção Interamericana contra a Tortura, que prevê que o caso, esgotados os recursos internos, pode ser submetido a “instâncias internacionais” (art. 8º), e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, cujo art. 7º, embora se refira somente à CIDH, indica que esta considerará as normas e os requisitos de procedimento previstos na CADH, sem excluir, portanto, a competência da Corte.

No tocante à competência *ratione temporis* (em razão do tempo), a Corte aplica o *princípio da irretroatividade*, afirmando que só tem competência para decidir sobre violações de direitos humanos que tenham ocorrido posteriormente à entrada em vigor da CADH para o Estado (momento da ratificação, art. 74.2) e da aceitação da competência contenciosa. Exceção: atos violatórios que persistem no tempo ou *violação contínua* (na jurisprudência da Corte IDH, tem sido aplicado principalmente aos casos desaparecimentos forçados).

Finalmente, relativo à competência *ratione loci* (em razão do local), a Corte IDH somente tem competência para conhecer de violações de direitos humanos que afetem pessoas sob a jurisdição do Estado supostamente responsável por aquelas. Não se exige que as pessoas sejam nacionais do Estado, mas apenas que se encontrem sob a sua jurisdição.

1. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras

Sentença de 26.06.1987	Exceções preliminares
Sentença de 29.07.1988	Mérito
Sentença de 21.07.1989	Reparações e custas
Sentença de 17.08.1990	Interpretação da sentença de reparações e custas

1.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia apresentada pela CIDH, por meio da qual alega que o estudante Velásquez Rodríguez foi detido de forma violenta e sem ordem judicial por integrantes da Direção Nacional de Investigação das Forças Armadas de Honduras, os quais lhe submeteram a interrogatório mediante tortura sob a acusação de supostos crimes políticos. Os policiais negaram a detenção de Velásquez Rodríguez, que restou, portanto, desaparecido.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que (1) havia uma prática de desaparecimentos cumprida ou tolerada pelas autoridades hondurenhas entre os anos 1981 e 1984, que (2) o desaparecimento de Velásquez Rodríguez ocorreu por obra ou com a tolerância dessas autoridades dentro do marco dessa prática e que (3) o governo de Honduras se omitiu na garantia dos direitos humanos afetados por essa prática.

E, assim, a Corte IDH assentou que o governo de Honduras violou os direitos de Velásquez Rodríguez à liberdade pessoal, à integridade pessoal e à vida, condenando o Estado demandado a pagar uma justa indenização compensatória aos familiares da vítima.

1.2. Pontos importantes

1.2.1. O desaparecimento forçado como uma violação múltipla e continuada dos direitos humanos. A prática do desaparecimento forçado se desenvolveu concomitantemente com a militarização dos Estados latino-americanos a partir da década de 1960, gerando uma atmosfera de terror generalizado e de impunidade dos agentes estatais que agiam em nome dos governos ditatoriais. No julgamento do *Caso Velásquez Rodríguez*, em 1988, a Corte IDH ressaltou que, “Embora esta prática [do desaparecimento forçado] possua caráter mais ou menos universal, na América Latina tem apresentado nos últimos anos uma excepcional intensidade” (Mérito, § 149). Não surpreende, portanto, que a Corte IDH tenha inaugurado a sua jurisdição contenciosa na década de 1980 apreciando justamente três casos sobre desaparecimento forçado, todos contra Honduras: *Caso Velásquez Rodríguez*, *Caso Fairén Garbi e Solís Corrales* e *Caso Godínez Cruz*. Assim, pode-se dizer que o primeiro ciclo de casos julgados pela Corte IDH teve como matéria o desaparecimento forçado de pessoas, tratando-se do *ciclo hondurenho* na jurisdição contenciosa da Corte. No julgamento do *Caso Velásquez Rodríguez*, a Corte IDH afirmou que “O desaparecimento forçado de seres humanos constitui uma violação múltipla e continuada de inúmeros direitos reconhecidos na Convenção e que os Estados estão obrigados a respeitar e a garantir” (Mérito, § 155).

1.2.2. Ônus da prova no processo internacional de violação de direitos humanos. Já neste seu primeiro precedente de jurisdição contenciosa, a Corte IDH tratou de um tema que, posteriormente, veio a se tornar uma constante em sua jurisprudência: o ônus da prova no processo internacional de violação de direitos humanos. Inicialmente, convém ressaltar que, semelhante ao processo penal interno, compete à parte autora – que, no caso do processo perante a Corte IDH, é a CIDH e a suposta vítima ou seus representantes – provar os fatos imputados ao Estado. No entanto, essa regra convive no processo

internacional de direitos humanos com duas exceções².

A primeira exceção está prevista no Regulamento da Corte (e por isso a chamaremos de *exceção regulamentar*), que assim estabelece: “A Corte poderá considerar aceitos aqueles fatos que não tenham sido expressamente negados e as pretensões que não tenham sido expressamente controvertidas” (art. 41.3). A segunda exceção se originou da jurisprudência da Corte IDH (a chamaremos, então, de *exceção jurisprudencial*) e contempla uma espécie de inversão do ônus da prova quando os meios de prova estiverem em poder ou à disposição exclusivamente do Estado, o que ocorre com muita frequência nos casos de desaparecimento forçado de pessoas. Assim, decidiu a Corte IDH no *Caso Velásquez Rodríguez* que, “À diferença do Direito Penal interno, nos processos sobre violações de direitos humanos, a defesa do Estado não pode descansar sobre a impossibilidade do demandante de alegar provas que, em muitos casos, não podem ser obtidas sem a cooperação do Estado” (Mérito, § 135). Esta possibilidade de transferir o ônus probatório para a parte que está em melhores condições de exercê-lo leva a doutrina a identificar, acertadamente, a nosso ver, uma hipótese de *carga dinâmica da prova* na Corte IDH³. Conforme muito bem sintetiza a doutrina especializada, com esta posição,

“(...) a Corte IDH buscaria manter a *paridade das partes* no processo controvertido, posto que crime como o desaparecimento forçado de pessoas impossibilitam de certo modo a *igualdade no plano fático e processual*. Em síntese, da jurisprudência da Corte IDH é possível advertir que, *ante a dificuldade de o demandante produzir provas, é o Estado que tem a obrigação de esclarecer os fatos*”⁴.

Ônus da prova no processo internacional de violação de direitos humanos perante a Corte IDH	
Regra	O ônus da prova compete à parte demandante (CIDH e vítima ou seus familiares).

² Sobre o tema relativo ao ônus da prova no sistema adotado pela Corte IDH, chamando a atenção para as exceções à regra de competir à parte autora provar o alegado, ver: BOVINO, Alberto. La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 2, n. 3, 2005, p. 83; RAMOS, Isabel Montoya. Panorama general de la prueba ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: RAMÍREZ, Sergio García; MARISCAL, Olga Islas de; FERRUSCA, Peláez Mercedes (coords.). *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*. México, 2014. p. 296 e ss.; CHAVARRÍA, Ana Belem García. *La prueba en la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016. p. 51; CORIA, Dino Carlos Caro. *La prueba en el crimen de desaparición forzada de personas conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. México: Konrad-Adenauer-Stiftung – Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2011. p. 138.

³ Nesse sentido, ver: RAMOS, Isabel Montoya. *Panorama general de la prueba ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, p. 296.

⁴ CORIA, Dino Carlos Caro. *La prueba en el crimen de desaparición forzada de personas conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, p. 139.

Exceção regulamentar	Assim chamada por estar prevista no Regulamento da Corte IDH: “A Corte poderá considerar aceitos aqueles fatos que não tenham sido expressamente negados e as pretensões que não tenham sido expressamente controvertidas” (art. 41.3).
Exceção jurisprudencial	Assim chamada por ter surgido na jurisprudência da Corte IDH, segundo a qual o ônus da prova deve ser invertido e transferido para o Estado quando os meios de prova estiverem em seu poder ou exclusivamente à sua disposição, o que ocorre com muita frequência nos casos de desaparecimento forçado de pessoas.
Carga dinâmica da prova	Esta possibilidade de transferir o ônus probatório para o Estado, que estaria em melhores condições de exercê-lo, leva a doutrina a identificar aqui uma hipótese de <i>carga dinâmica da prova</i> na Corte IDH.

1.2.3. Utilização de prova indiciária no processo internacional de violação de direitos humanos em caso de desaparecimento forçado. Há um *vazio normativo* no que diz respeito ao sistema adotado pela Corte IDH para a valoração da prova, pois nem a CADH nem o Regulamento da Corte fazem menção ao tema. Assim, restou à jurisprudência a missão de esclarecer e fornecer algumas diretrizes sobre a valoração da prova no âmbito da Corte Interamericana⁵. No que interessa a este tópico, devemos refletir sobre a dificuldade de se provar o crime de desaparecimento forçado por meio das *provas diretas*, e isso porque raramente existem testemunhas ou documentos que comprovem e vinculem o Estado ao desaparecimento da vítima. Não podemos esquecer que a *clandestinidade* é uma marca característica do desaparecimento forçado. Assim, para evitar a impunidade desse crime, a Corte IDH admite provas indiciárias, circunstanciais ou por presunção “(...) sempre que deles possam se inferir conclusões consistentes sobre os fatos” (Mérito, § 130), já que, no seu entender, “(...) esta forma de repressão se caracteriza por procurar a supressão de todo elemento que permita comprovar o sequestro, o paradeiro e a sorte das vítimas” (Mérito, § 131)⁶. No julgamento do *Caso Velásquez Rodríguez*, a Corte se valeu de provas indiciárias e de presunções extraídas da conduta do Estado hondurenho de encobrir ou destruir provas, tendo considerado, ainda, que havia praticamente uma *política governamental* de desaparecimento de pessoas, o que aumentaria o ônus do Estado de comprovar que a vítima não foi sequestrada e assassinada por agentes estatais.

1.2.4. A importância da audiência de custódia na prevenção de desaparecimento forçado. Estabelece o art. 7.5 da CADH que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”. Trata-se daquilo que, no Brasil, se convencionou chamar

⁵ Ver BOVINO, Alberto. *La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, p. 83.

⁶ Sobre a importância da prova indiciária para se provar o desaparecimento forçado, com referências ao *Caso Velásquez Rodríguez*, ver: CHAVARRÍA, Ana Belem García. *La prueba en la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, p. 51; RAMOS, Isabel Montoya. *Panorama general de la prueba ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, p. 304; CORIA, Dino Carlos Caro. *La prueba en el crimen de desaparición forzada de personas conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, p. 153.

de *audiência de custódia*⁷. No julgamento do *Caso Velásquez Rodríguez*, a Corte IDH considerou que a prisão ou a detenção de uma pessoa sem a sua condução, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, consiste em privação arbitrária de liberdade e dificulta os meios adequados para se controlar a legalidade da prisão (Mérito, § 155).

1.3. Conexões com o Direito brasileiro

1.3.1. O Brasil e as convenções internacionais sobre o desaparecimento forçado. Em maio de 2016, encerrando o procedimento de aprovação e de internalização da normativa internacional no ordenamento jurídico doméstico, a Presidência da República editou os Decretos 8.766 e 8.767, promulgando, respectivamente, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado.

2. Caso Loayza Tamayo vs. Peru

Sentença de 31.01.1996	<i>Exceções preliminares</i>
Sentença de 17.09.1997	<i>Mérito</i>
Sentença de 27.11.1998	<i>Reparações e custas</i>
Sentença de 08.03.1998	<i>Interpretação da sentença de fundo</i>
Sentença de 03.06.1999	<i>Interpretação da sentença de reparações e custas</i>
Sentença de 17.11.1999	<i>Cumprimento de sentença</i>

2.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia apresentada pela CIDH, em que alega que a senhora María Elena Loayza Tamayo, peruana, professora, foi presa no dia 06/02/1993, junto com um familiar seu, por membros da Divisão Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE) da Polícia Nacional do Peru. A prisão de Loayza Tamayo decorreu de delação de Angélica Torres García, que, presa no dia 05.02.1993, fez uso da chamada *Lei de Arrependimento*. Não havia ordem judicial de prisão expedida contra Loayza Tamayo, que foi detida como presumida colaboradora do grupo subversivo Sendero Luminoso. Loayza permaneceu presa e incomunicável por dez dias, tendo sido submetida a torturas e a tratamentos cruéis, tudo com a finalidade de que se auto incriminasse e declarasse pertencer ao Partido Comunista do Peru – Sendero Luminoso (PCP-SL). Loayza se declarou inocente e negou pertencer ao PCP-SL. A família da vítima somente ficou sabendo da sua prisão por meio de uma ligação anônima. Não foi possível impetrar um *habeas corpus* em seu favor, pois o Decreto-Lei 25.659 proibia essa ação de garantia nos casos relacionados com o crime de terrorismo. Posteriormente, no dia 26.02.1993, Loayza foi apresentada à

⁷ Sobre o conceito e previsão normativa da audiência de custódia, inclusive sobre sinônimos reconhecidos pela doutrina, ver: PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3ª ed. Belo Horizonte: CEJ, 2018.

imprensa como suspeita do crime de traição à prática, vestida com traje de penitenciária.

No que diz respeito à perseguição penal desenvolvida contra Loayza, ela foi processada e absolvida na jurisdição militar pelo crime de traição à pátria, tendo atuado no julgamento “juízes militares sem rosto”. A instância recursal da jurisdição militar confirmou a absolvição de Loayza, mas remeteu à Justiça Comum a apreciação do crime de terrorismo. Loayza continuou presa mesmo após a sua absolvição pela Justiça Militar. Na Justiça Comum, Loayza foi condenada pelo “Tribunal Especial sem rosto” a uma pena de vinte anos de prisão pelo crime de terrorismo.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado demandado violou, entre outros direitos e garantias, a) o direito à liberdade pessoal e à proteção judicial quando prendeu e manteve a prisão de Loayza, inclusive após a absolvição pela Justiça Militar, impedindo-a de utilizar qualquer ação de garantia (*habeas corpus*, por exemplo); b) o direito à integridade pessoal quando expôs Loayza em público com traje penitenciário e também quando lhe cerceou o direito de comunicação, de visitas, assim como porque a manteve presa em ambiente sem ventilação nem luz natural, impondo-lhe, em resumo, um tratamento degradante; e c) a garantia do *non bis in idem*, ressaltando que a CADH possui um tratamento mais benéfico para o acusado do que o oferecido por outros tratados internacionais, e isso porque utiliza a expressão “os mesmos fatos”, diferente, por exemplo, do PIDCP, que utiliza o termo “o mesmo delito”, assentando, então, que a referida garantia foi violada, já que os crimes de traição à prática, pelo qual Loayza foi absolvida na jurisdição militar, e de terrorismo, pelo qual foi condenada na Justiça Comum, são estreitamente vinculados.

No dispositivo da sua sentença, a Corte IDH também determinou que o Estado do Peru colocasse Loayza em liberdade dentro de um prazo razoável e também que pagasse uma indenização justa a ela e aos seus familiares, assim como que ressarcisse todas as despesas suportadas pela família para acompanhar esse processo perante as autoridades peruanas.

2.2. Pontos importantes

2.2.1. Impossibilidade de suspensão da garantia do *habeas corpus*. Conforme foi visto no resumo do caso, a vítima Loayza Tamayo não dispôs de uma ação de garantia para proteger sua liberdade pessoal ou para questionar sua detenção ilegal, já que estava em vigor no Peru um Decreto que suspendia tais ações. Ocorre que, conforme decidiu a Corte IDH, embora o direito à liberdade pessoal não esteja inserido no rol previsto no art. 27.2 da CADH⁸, que estabelece os direitos que não podem ser suspensos em hipótese alguma,

⁸ Convém transcrever na íntegra o art. 27 da CADH:

“Artigo 27 – Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição

o mesmo dispositivo da CADH veda a suspensão das garantias indispensáveis para a proteção daqueles direitos, entre os quais certamente se insere o *habeas corpus* (Mérito, § 50). Importante ressaltar que a Corte IDH, no exercício da sua jurisdição consultiva, em 1987 – logo, antes de julgar o *Caso Loayza Tamayo*, o que ocorreria somente após dez anos –, também enfrentou este tema quando a CIDH lhe formulou a seguinte consulta: “O recurso ao *habeas corpus*, cujo fundamento jurídico encontra-se nos artigos 7.6 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é uma das garantias judiciais que, de acordo com a parte final do parágrafo 2º do artigo 27 dessa Convenção, não pode ser suspensa por um Estado-parte da citada Convenção Americana?”. A Corte IDH respondeu a esta consulta da CIDH e, emitindo a sua Opinião Consultiva 08/1987 (*O habeas corpus sob a suspensão de garantias*), afirmou que o *habeas corpus* não pode ser suspenso porque constitui uma garantia judicial indispensável para a proteção dos direitos e liberdades protegidos pela CADH (§ 44):

“A suspensão de garantias constitui também uma situação excepcional, segundo a qual resulta lícito para o governo aplicar determinadas medidas restritivas aos direitos e liberdades que, em condições normais, estão proibidas ou submetidas a requisitos mais rigorosos. Isso não significa, porém, que a suspensão de garantias comporte a suspensão temporal do Estado de Direito ou que autorize aos governantes a afastar sua conduta da legalidade a que todo momento devem observar. (...)

A determinação sobre quais garantias judiciais são ‘indispensáveis’ para a proteção dos direitos que não podem ser suspensos será distinta conforme a natureza dos direitos afetados. (...)

À luz dos apontamentos anteriores devem ser considerados como indispensáveis, para os fins do artigo 27.2, aqueles procedimentos judiciais que ordinariamente são idôneos para garantir a plenitude do exercício dos direitos e liberdades a que se refere o referido artigo e cuja supressão ou limitação poderia colocar em risco esta plenitude.

As garantias devem ser não somente indispensáveis como também judiciais. Esta expressão não pode referir-se senão a meios judiciais idôneos para a proteção de tais direitos, o que implica a intervenção de um órgão judicial independente e imparcial, apto para determinar a legalidade das atuações que se cumpram dentro do estado de exceção.

Devemos agora determinar se, apesar de os artigos 25 e 7º não estarem mencionados no artigo 27.2, as garantias contidas nos artigos 25.1 e 7.6 (...) devem ou não ser consideradas entre aquelas ‘garantias judiciais indispensáveis’ para a proteção dos direitos não suscetíveis de suspensão.

(...) O *habeas corpus*, para cumprir com seu objetivo de verificação judicial

da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

3. Todo Estado-parte no presente Pacto que fizer uso do direito de suspensão deverá comunicar imediatamente aos outros Estados-partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, as disposições cuja aplicação haja suspenso, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por terminada tal suspensão”.

da legalidade da privação de liberdade, exige a apresentação pessoal do detido ante o juiz ou tribunal competente (...). Neste sentido, é essencial a função que cumpre o *habeas corpus* como meio para controlar o respeito à vida e à integridade da pessoa, para impedir seu desaparecimento ou a indeterminação do seu lugar de detenção, assim como para protegê-la contra a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Esta conclusão se fundamenta na experiência sofrida por várias populações do nosso hemisfério em décadas recentes, particularmente por desaparecimentos, torturas e assassinatos cometidos ou tolerados por alguns governos. Esta realidade tem demonstrado que o direito à vida e à integridade pessoal são ameaçados quando o *habeas corpus* é parcial ou totalmente suspenso" (§ 24 e seguintes).

E a Corte IDH avança, depois, para explicar o seu entendimento de que, mesmo o direito à liberdade sendo passível de suspensão, a garantia do *habeas corpus* deve ser mantida para coibir excessos:

"Uma pergunta adicional que deve ser feita para além de considerar o *habeas corpus* como uma garantia judicial que protege direitos não suscetíveis de suspensão segundo o art. 27.2, é se tal procedimento pode subsistir ao mesmo tempo como meio de assegurar a liberdade individual, ainda que sob estado de exceção, apesar de o artigo 7º não estar entre aqueles que não podem ser afetados em situações excepcionais.

Se a suspensão de garantias não deve exceder, como a Corte já ressaltou, a medida do estritamente necessário para atender à emergência, resulta também ilegal toda atuação dos poderes públicos que ultrapasse aqueles limites que devem estar precisamente indicados nas disposições usadas para decretar o estado de exceção, ainda que dentro da situação de excepcionalidade jurídica vigente.

A Corte deve destacar, igualmente, que se a suspensão de garantias não pode ser adotada legitimamente sem respeitar as condições indicadas no parágrafo anterior, tampouco podem se afastar destes princípios gerais as medidas concretas que afetem os direitos ou liberdades suspensos, como ocorreria se tais medidas violassem a legalidade excepcional da emergência, se fossem prolongadas para além dos seus limites temporais, se fossem manifestamente irracionais, desnecessárias ou desproporcionais, ou se para adotá-las houvesse que incorrer em desvio ou abuso de poder.

(...) dentro de um Estado de Direito, deve haver o exercício do controle de legalidade de tais medidas por parte de um órgão judicial autônomo e independente, que verifique, por exemplo, se uma detenção, baseada na suspensão da liberdade pessoal, se adequa aos termos no qual o estado de exceção está autorizado. Aqui o *habeas corpus* adquire uma nova dimensão fundamental.

(...) Os argumentos anteriores levam à conclusão de que os procedimentos de *habeas corpus* e de amparo são garantias judiciais indispensáveis para a proteção de vários direitos cuja suspensão está vedada pelo artigo 27.2 e servem, ainda, para preservar a legalidade numa sociedade democrática.

Por outro lado deve-se advertir que aqueles ordenamentos constitucionais e legais dos Estados Partes que autorizem, explícita ou implicitamente, a suspensão dos procedimentos de habeas corpus ou de amparo em situações de emergência, devem ser considerados incompatíveis com as obrigações internacionais que a estes Estados impõe a Convenção” (§ 37 e seguintes).

Assim, pode-se resumir o entendimento da Corte IDH no sentido de que o *habeas corpus* se insere no conteúdo das garantias não suscetíveis de suspensão porque: a) protege não apenas o direito à liberdade de locomoção – este, passível de suspensão –, mas também direitos inderrogáveis como o direito à vida e à integridade pessoal no contexto principalmente de desaparecimentos forçados e vulnerabilidade da pessoa presa que esteja incomunicável; e b) destina-se, inclusive, à verificar se a privação de liberdade está em conformidade com o decreto de suspensão de direitos.

2.2.2. O tratamento diferenciado do *bis in idem* na CADH. A Corte IDH enfatizou que a proibição do *bis in idem* encontrada na CADH é mais ampla e, consequentemente, mais benéfica ao acusado do que a fórmula prevista em outros tratados internacionais de direitos humanos (Mérito, § 66). Vejamos. O art. 8.4 da CADH dispõe que “O acusado que for absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Já o art. 14.7 do PIDCP prevê que “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”. A diferença, de fato, existe e pode gerar consequências práticas, como ocorreu no *Caso Loayza Tamayo*, em que, embora os crimes apurados na jurisdição militar (traição à pátria) e no juízo comum (terrorismo) fossem distintos, o contexto fático era o mesmo⁹.

2.2.3. O *bis in idem* e a independência das instâncias. Façamos novamente uma leitura atenta do art. 8.4 da CADH: “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Quando a CADH proíbe um *novo processo pelos mesmos fatos*, isso quer dizer que se interdita apenas um novo *processo penal* ou que o cidadão não pode ser processado *pelos mesmos fatos* também nas demais instâncias (num processo administrativo disciplinar ou numa ação por improbidade administrativa, por exemplo)? Esta é uma questão polêmica na doutrina e que, a nosso ver, ainda não foi enfrentada expressamente pela Corte IDH. Há quem entenda que a CADH proíbe que o acusado seja processado ou punido mais de uma vez pelos mesmos fatos, pouco importando a identidade dos regimes jurídicos, invocando, inclusive, como precedente favorável a esta tese, o *Caso Loayza Tamayo*¹⁰. Embora sem aderir claramente a este entendimento, Nereu José Giacomolli também faz essa interpretação do *Caso Loayza Tamayo*,

⁹ Sobre o conteúdo e o alcance da garantia da proibição do *bis in idem* no *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*, ver: ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. México: Konrad Adenauer Stiftung – Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2011. p. 408 e ss.

¹⁰ Nesse sentido, ver: LUZ, Denise. Os múltiplos processos punitivos brasileiros e a Convenção Americana de Direitos Humanos: uma necessária reflexão sobre a cumulação da ação civil de improbidade administrativa com a ação penal e o princípio do *non bis in idem*. *Boletim Informativo IBRASPP*, ano 02, n. 03, 2012/02, p. 9-11.

afirmando que “Um ponto interessante dessa decisão é que ela manifestou, expressamente, que a vedação do *non bis in idem* não se restringe à duplicidade de processos criminais, mas também impede que o mesmo sujeito seja processado pelos mesmos fatos, mais de uma vez, ainda que em esferas distintas”¹¹.

Não desconhecemos a complexidade – e a atualidade – do assunto, sobretudo porque a fronteira que separa o Direito Administrativo sancionador do Direito Penal nem sempre se mostra tão clara, de modo que a dupla punição pelo mesmo fato, ainda que as sanções decorram de instâncias distintas, deve ser objeto de preocupação e de estudo pelos juristas¹². No entanto, ainda que reconheçamos o brilhantismo da tese anteriormente exposta, dela divergimos, e isso porque, a nosso ver: a) o art. 8.4 da CADH está situado num contexto normativo que regula *ordinariamente* processos criminais, tanto que a sua redação se inicia com “O acusado absolvido (...)”, razão pela qual a interdição de um *novo processo pelos mesmos fatos* se aplica somente a um novo processo criminal, não impedindo, consequentemente, que *os mesmos fatos* gerem um processo cível ou administrativo; b) e quando a Corte IDH afirma que “Este princípio [do *bis in idem*] busca proteger os direitos dos indivíduos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser processados pelos mesmos fatos” (Mérito, § 66), o contexto penal está *implícito* na argumentação da Corte, decorrendo, também, de uma interpretação mais sistemática do precedente, no qual se censurou o duplo julgamento (penal) pelos mesmos fatos. O TEDH chegou a essa mesma conclusão em 15.11.2016, decidindo que um sonegador de impostos pode receber uma pena administrativa e uma pena criminal sem que isso viole o direito de não ser julgado e punido duas vezes pelos mesmos fatos (*Caso de A e B vs. Noruega*).

2.2.4. Superação do entendimento que consagrava a não vinculação das “recomendações” da CIDH. A Corte IDH enfrentou um tema muito importante de *direito processual internacional* no julgamento do *Caso Loayza Tamayo*, que diz respeito à natureza dos relatórios da CIDH, se vinculam ou não os Estados. Antes deste precedente, a Corte interpretava o termo “recomendações” previsto no art. 51.2 da CADH – assim como no Regulamento da CIDH – no seu sentido habitual, ou seja, como *diretivas* sem poder para vincular os Estados. A partir do *Caso Loayza Tamayo*, com base no princípio da boa-fé previsto no art. 31.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (“Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”), a Corte IDH avançou para assentar que “(...) se um Estado subscreve e ratifica um tratado internacional, especialmente se tratando de direitos humanos, como é o caso da Convenção Americana, tem a obrigação de realizar seus melhores esforços para aplicar as recomendações de um órgão de proteção como a Comissão Interamericana (...)” (Mérito, § 80), concluindo que “(...) ao ratificar a referida Convenção [Americana], os Estados-partes comprometem-se a atender as recomendações aprovadas pela Comissão nos seus relatórios” (Mérito, § 81).

¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 374.

¹² Para um aprofundamento, recomendamos o excelente estudo de SÁNCHEZ, James Reátegui. *Interdicción de la persecución penal múltiple*. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 134, jun. 2014, p. 519-570.

Para compreender corretamente este ponto do *Caso Loayza Tamayo*, consideramos oportuno esclarecer que a CIDH possui competência para emitir três espécies de relatórios: a) o primeiro é o *relatório de admissibilidade*, previsto no art. 36 do Regulamento da Comissão¹³, que avalia apenas se a petição preenche os requisitos para ser processada, não consistindo, portanto, em prejulgamento sobre o mérito da questão; b) o segundo é o *relatório de mérito preliminar*, previsto nos artigos 43 e 44 do Regulamento da Comissão¹⁴, por meio do qual a CIDH estabelece a inexistência ou a existência de violação de direitos humanos pelo Estado. Concluindo a CIDH que o Estado violou direitos humanos, ela

¹³ “1. Uma vez consideradas as posições das partes, a Comissão pronunciar-se-á sobre a admissibilidade do assunto. Os relatórios de admissibilidade e inadmissibilidade serão públicos e a Comissão os incluirá no seu Relatório Anual à Assembléia Geral da OEA.

2. Na oportunidade da adoção do relatório de admissibilidade, a petição será registrada como caso e dar-se-á início ao procedimento relativo ao mérito. A adoção do relatório de admissibilidade não constituirá prejulgamento sobre o mérito da questão. 3. Em circunstâncias excepcionais e depois de haver solicitado informação às partes conforme dispõe o artigo 30 do presente Regulamento, a Comissão poderá abrir o caso, mas diferir a consideração da admissibilidade até o debate e a decisão sobre o mérito. O caso será aberto mediante comunicação por escrito a ambas as partes.

4. Quando a Comissão proceder em conformidade com o artigo 30, parágrafo 7, do presente Regulamento, abrirá um caso e informará às partes por escrito que diferiu a consideração da admissibilidade até o debate e decisão sobre o mérito”.

¹⁴ “Artigo 43. Decisão quanto ao mérito

1. A Comissão deliberará quanto ao mérito do caso, para cujos fins preparará um relatório em que examinará as alegações, as provas apresentadas pelas partes e a informação obtida em audiências e mediante investigações in loco. Além disso, a Comissão poderá levar em conta outra informação de conhecimento público.

2. As deliberações da Comissão serão privadas, e todos os aspectos do debate serão confidenciais.

3. Toda questão que deva ser submetida a votação será formulada em termos precisos, em um dos idiomas de trabalho da Comissão. A pedido de qualquer um de seus membros, o texto será traduzido pela Secretaria Executiva a um dos idiomas oficiais da Comissão e distribuído antes da votação.

4. As atas referentes às deliberações da Comissão limitar-se-ão a mencionar o objeto do debate e a decisão aprovada, bem como os votos fundamentados e as declarações que sejam feitas para constar em ata. Se o relatório não representar, em todo ou em parte, a opinião unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá acrescentar sua opinião em separado, seguindo o procedimento estabelecido no artigo 19 inciso 4 deste Regulamento.

Artigo 44. Relatório quanto ao mérito

Após deliberar e votar quanto ao mérito do caso, a Comissão observará o seguinte procedimento:

1. Estabelecida a inexistência de violação em determinado caso, a Comissão assim o manifestará no seu relatório quanto a mérito. O relatório será transmitido às partes, publicado e incluído no Relatório Anual da Comissão à Assembléia Geral da Organização.

2. Estabelecida a existência de uma ou mais violações, a Comissão preparará um relatório preliminar com as proposições e recomendações que considerar pertinentes e o transmitirá ao Estado de que se trate. Neste caso, fixará um prazo para que tal Estado informe a respeito das medidas adotadas em cumprimento a essas recomendações. O Estado não estará facultado a publicar o relatório até que a Comissão haja adotado uma decisão a respeito.

3. A Comissão notificará ao peticionário sobre a adoção do relatório e sua transmissão ao Estado. No caso dos Estados partes da Convenção Americana que tenham aceitado a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, a Comissão, ao notificar o peticionário, dar-lhe-á oportunidade para apresentar, no prazo de um mês, sua posição a respeito do envio do caso à Corte. O peticionário, se tiver interesse em que o caso seja elevado à Corte, deverá fornecer os seguintes elementos:

- a. a posição da vítima ou de seus familiares, se diferentes do peticionário;
- b. os dados sobre a vítima e seus familiares;
- c. as razões com base nas quais considera que o caso deve ser submetido à Corte; e
- d. as pretensões em matéria de reparação e custos”.

prepara, portanto, este *relatório de mérito preliminar* com as proposições e recomendações que considerar pertinentes, transmitindo-o ao Estado demandado e fixando um prazo para que o Estado informe a respeito das medidas adotadas em cumprimento às recomendações. Se o Estado não cumprir as recomendações contidas no *relatório de mérito preliminar*, a CIDH deve submeter o caso à Corte IDH – tratando-se, é claro, de Estado que aceitou a competência contenciosa da Corte –, salvo por decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros (Regulamento da CIDH, art. 45.1); c) e finalmente o *relatório de mérito definitivo*, previsto no art. 47 do Regulamento da CIDH:

- “1. Se, no prazo de três meses da transmissão do relatório preliminar ao Estado de que se trate, o assunto não houver sido solucionado ou, no caso dos Estados que tenham aceito a jurisdição da Corte Interamericana, a Comissão ou o próprio Estado não hajam submetido o assunto à sua decisão, a Comissão poderá emitir, por maioria absoluta de votos, um relatório definitivo que contenha o seu parecer e suas conclusões finais e recomendações.
2. O relatório definitivo será transmitido às partes, que apresentarão, no prazo fixado pela Comissão, informação sobre o cumprimento das recomendações.
3. A Comissão avaliará o cumprimento de suas recomendações com base na informação disponível e decidirá, por maioria absoluta de votos de seus membros, a respeito da publicação do relatório definitivo. Ademais, a Comissão disporá a respeito de sua inclusão no Relatório Anual à Assembleia Geral da Organização ou em qualquer outro meio que considerar apropriado”.

O *relatório de mérito definitivo* somente é elaborado pela CIDH no caso de descumprimento do *relatório de mérito preliminar* e, ainda, se o caso não foi submetido à Corte IDH. Essa observação é muito relevante, pois no *Caso Loayza Tamayo* a Corte IDH estabeleceu que o art. 51.2 da CADH (“A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada”) somente é violado quando o caso não é submetido à Corte IDH (Mérito, § 82), de modo que podemos afirmar que a natureza vinculante é encontrada apenas no *relatório de mérito definitivo*.

2.2.5. Primeiro caso em que a Corte IDH reconheceu o denominado “dano ao projeto de vida”. No julgamento do *Caso Loayza Tamayo*, a Corte IDH reconheceu, pela primeira vez, a existência e a autonomia conceitual do denominado “dano ao projeto de vida”¹⁵. Para a Corte, essa nova modalidade de dano não possui uma conotação patrimonial, decorrendo daí, portanto, a sua autonomia conceitual em relação aos danos material, emergente e moral. O *projeto de vida*, para a Corte IDH, “(...) se associa ao conceito de realização pessoal, que por sua vez se sustenta nas opções que o sujeito tem para conduzir sua vida

¹⁵ Sobre o tema, ver: GAMBOA, José Francisco Calderón. *Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a derechos humanos*. México: Editorial Porrúa, 2005; FALCÓN, Candelaria Aráoz. Dano ao “projeto de vida”: um novo horizonte às reparações dentro do sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Editora Unijuí, ano 3, n. 5, 2015, p. 47-88. PORTUGAL, Carlos Giovani Pinto. *Responsabilidade Civil por Dano ao Projeto de Vida*. Curitiba: Juruá, 2016.

e alcançar o destino que se propõe. (...) Estas opções podem ter, em si mesmas, um alto valor existencial” (Reparações e custas, § 148). Em voto conjunto proferido no *Caso Loayza Tamayo*, os juízes Abreu Burelli e Cançado Trindade afirmaram que “O dano ao projeto de vida ameaça, em última instância, o próprio sentido que cada pessoa humana atribui à sua existência. Quando isso ocorre, um prejuízo é causado ao mais íntimo do ser humano: trata-se de um dano dotado de autonomia própria, que afeta o sentido espiritual da vida” (Mérito, § 16).

Apesar de significativa a contribuição da Corte IDH para a criação dessa nova *modalidade* de dano, é perceptível a dificuldade dos seus juízes para precisar, com rigor, os contornos conceituais do *dano ao projeto de vida*¹⁶, tanto que no *Caso Loayza Tamayo*, embora a Corte tenha reconhecido um grave dano ao *projeto de vida* da vítima, se absteve de quantificá-lo em razão de a jurisprudência e a doutrina não permitirem, naquela data, traduzir esse dano em termos econômicos (Reparações e custas, § 153).

Finalmente, para fins didáticos, podemos conceituar o *dano ao projeto de vida* como sendo aquele que, em razão da sua gravidade para os direitos humanos da vítima, impede esta de executar os projetos de vida que havia pensado para si. Como exemplo, podemos citar uma prisão ilegal prolongada por anos, em condições degradantes, que tenha interrompido ou prejudicado gravemente a pessoa na consecução do seu projeto de vida, retirando-a do mercado de trabalho, de estudos universitários e/ou de perto da criação dos seus filhos. Outro exemplo, agora de conduta omissiva do Estado, poderia ocorrer na inatividade do Estado diante de crianças que sobrevivem em situação de rua, sem acesso aos direitos básicos de moradia, alimentação e educação, cenário que projeta um grau de vulnerabilidade capaz de impedir a realização de *projetos de vida*, que com frequência existem – para a surpresa de Estados violadores de direitos humanos – pelas ruas dos grandes centros urbanos. Conforme se pode observar, a reparação para esses danos raramente converge com uma simples indenização, reclamando, ao contrário, uma intervenção para que o Estado propicie ou restaure os meios para que a pessoa execute seu *projeto de vida*, o que pode se concretizar na garantia de uma moradia, de uma bolsa de estudos etc.

2.2.5.1. Qual foi a primeira vez que a Corte IDH quantificou o dano ao projeto de vida?

A primeira vez que a Corte IDH quantificou o *dano ao projeto de vida* foi no julgamento do *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*, em que, superando aquela dificuldade encontrada no *Caso Loayza Tamayo*, a Corte avançou e decidiu que

“(...) a via mais idônea para restabelecer o projeto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides consiste em que o Estado lhe proporcione uma bolsa de estudos superiores ou universitários, com o fim de cobrir os custos da carreira profissional que a vítima escolher – assim como os gastos de manutenção desta última durante o período de tais estudos – num centro de reconhecida qualidade acadêmica escolhido de comum acordo entre a vítima e o Estado” (Reparações e custas, § 80).

¹⁶ Com essa mesma observação: FALCÓN, Candelaria Aráoz. Dano ao “projeto de vida”..., p. 54-55. Importante registrar, ainda, que, no julgamento do *Caso Loayza Tamayo*, o juiz Oliver Jackman se manifestou contrário à ideia da criação de um novo ramo em matéria de reparações, entendendo que o *dano ao projeto de vida* pode ser incluído em outros ramos.

O reconhecimento e a quantificação do dano ao projeto de vida pela Corte IDH	
Reconhecimento	No julgamento do <i>Caso Loayza Tamayo vs. Peru</i> , em 1997.
Quantificação	Na sentença de reparação e custas do <i>Caso Cantoral Benavides vs. Peru</i> , em 2001.

2.3. Conexões com o Direito brasileiro

2.3.1. O dano ao projeto de vida na jurisprudência brasileira. A questão relativa ao *projeto de vida* já apareceu algumas vezes na jurisprudência dos tribunais superiores. No STF, o direito ao *projeto de vida* foi um dos argumentos invocados para se admitir e conferir proteção jurídica às uniões homoafetivas, constando expressamente nos votos dos Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio, tendo o segundo citado o *Caso Loayza Tamayo* inclusive (ADPF 132 e ADI 4.277, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 05.05.2011). No STJ, o direito ao *projeto de vida*, além de constar em ementa de julgado que concluiu pela proteção jurídica das uniões homoafetivas (REsp 1.302.467, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 03.03.2015) e pela possibilidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (REsp 1.183.378, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 25.10.2011), também foi invocado em precedente no qual se decidiu que “O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva), induzindo-o a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida” (REsp 922.462, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 04/04/2013). Em nenhum desses casos, porém, houve a *quantificação do dano ao projeto de vida* como uma medida de reparação autônoma.

3. Caso Blake vs. Guatemala

Sentença de 02.07.1996	<i>Exceções preliminares</i>
Sentença de 24.01.1998	<i>Fundo</i>
Sentença de 22.01.1999	<i>Reparações e custas</i>
Sentença de 01.10.1999	<i>Interpretação da sentença de reparação e custas</i>

3.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia apresentada pela CIDH, por meio da qual alega que o senhor Nicholas Chapman Blake, jornalista de nacionalidade estadunidense e residente na Guatemala, juntamente com um fotógrafo americano chamado Davis¹⁷, viajou

¹⁷ A Corte IDH manifestou a sua estranheza quanto ao fato de a CIDH não ter incluído o senhor Davis como vítima na demanda, o que foi justificado pela CIDH sob o argumento de que a família do senhor Davis não demonstrou interesse em iniciar uma ação perante a Comissão, contexto que inviabilizou, portanto, que a Corte se pronunciasse sobre fatos ocorridos em razão a esta vítima

em 1985 para uma aldeia com o objetivo de recolher informações para escrever um artigo sobre um dos setores da guerrilha guatemalteca. Blake e seu amigo fotógrafo foram interrogados por uma Patrulha Civil sobre o propósito da viagem. Segundo alega a CIDH, o comandante daquela Patrulha determinou a seus subordinados que prendessem Blake e Davis e disse que poderiam matá-los se quisessem, o que de fato veio a ocorrer, sendo que os restos mortais das vítimas foram encontrados somente em 1992.

O Estado demandado apresentou três exceções preliminares, duas totalmente indeferidas por se relacionarem com o mérito e a outra acolhida em parte. A exceção acolhida parcialmente dizia respeito à competência da Corte IDH para apreciar o caso, já que a morte da vítima teria ocorrido em 1985 e o reconhecimento da jurisdição da Corte pelo Estado da Guatemala, em 1987. Essa objeção *ratione temporis* foi parcialmente rejeitada pela Corte IDH sob o argumento de que o cenário projetou uma imagem de presunção de desaparecimento forçado, o qual foi desvendado apenas em 1992, quando os restos mortais da vítima foram encontrados. No entanto, com base na acolhida parcial desta exceção, a Corte deixou de se pronunciar sobre a legalidade da detenção e também sobre a morte da vítima, ambas ocorridas antes do reconhecimento da competência da Corte pela Guatemala.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado da Guatemala violou, em prejuízo dos familiares do senhor Blake, as garantias judiciais estabelecidas no art. 8.1 da CADH em decorrência da denegação de justiça e da ausência de resolução do problema nas instâncias nacionais, assim como, também em prejuízo dos familiares da vítima, o direito à integridade psíquica e moral. A Corte ainda declarou que o Estado da Guatemala deveria indenizar os familiares da vítima e adotar todos os meios ao seu alcance para investigar os fatos denunciados e punir os responsáveis pelo desaparecimento e pela morte do senhor Blake.

3.2. Pontos importantes

3.2.1. Exceção preliminar de *ratione temporis* no caso de desaparecimento forçado.

Em se tratando da competência *ratione temporis*, a CADH adotou o *princípio da irretroatividade*¹⁸, de modo que os Estados somente podem ser demandados por violações de direitos humanos ocorridas após a aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH¹⁹. No

(Mérito, § 85).

¹⁸ Nesse sentido, ver: TOJO, Liliana; ELIZALDE, Pilar. Comentário do Capítulo VII. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014. p. 772.

¹⁹ Vejamos o que dispõe o art. 62 da CADH:

“Artigo 62 – 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte.

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou recon-

entanto, considerada a natureza contínua ou permanente do desaparecimento forçado, a Corte IDH excepciona o *princípio da irretroatividade* ou, melhor dizendo, confere a ele uma interpretação mais restritiva, admitindo que o Estado possa ser demandado ainda que o desaparecimento forçado da vítima tenha ocorrido antes da data de aceitação da jurisdição contenciosa da Corte, pois o cenário de ausência de investigação, julgamento e punição dos responsáveis *prolonga* no tempo aquela violação de direitos humanos²⁰. A Corte IDH decidiu nesse sentido em diversos casos, dentre eles o *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*:

"(...) o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil" (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 17).

Este entendimento, porém, não foi totalmente observado no *Caso Blake*, pois a Corte IDH acolheu parcialmente a exceção preliminar oposta pela Guatemala, afirmando que não poderia decidir sobre a legalidade da detenção e também sobre a morte da vítima, eventos que teriam ocorrido em 1985, ainda que os restos mortais tivessem sido encontrados somente em 1992, cinco anos após o Estado demandado ter aceito a jurisdição contenciosa da Corte. Assim, estamos de acordo com a doutrina que considera equivocada a decisão da Corte IDH, que acabou por *desintegrar* ou *dividir* o crime de desaparecimento forçado para fins de definição da sua competência *ratione temporis*, prestigiando o evento *morte* quando, a nosso ver, deveria prestigiar o evento *descobrimento do paradeiro da vítima*²¹.

heçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial".

²⁰ Sobre a competência *ratione temporis* e o desaparecimento forçado, com menções ao *Caso Blake*, ver: PARAYRE, Sonia. La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 1, ene.-jun. 1985, p. 25-67; MOSER, Patricia Tarre. *La jurisprudencia de excepciones preliminares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, p. 21 e ss.; AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *El tipo penal de la desaparición forzada de personas*. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_03.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2016; LEISTER, Margareth. *Do desaparecimento forçado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <https://www.academia.edu/3670556/Do_desaparecimento_forcado_na_jurisprudencia_da_Corte_Interamericana_de_Direitos_Humanos_e_no_Supremo_Tribunal_Federal>. Acesso em: 21 dez. 2016; QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: introducción a sus mecanismos de protección*. Chile: Centro de Derechos Humanos, 2007. p. 83 e ss.

²¹ Nesse sentido, ver: PARAYRE, Sonia. La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos..., p. 47 e ss. O juiz Cançado Trindade também registrou essa *desintegração* ou *fragmentação* do crime de desaparecimento forçado em seu voto no *Caso Blake*, Reparaciones e custas, § 3.

3.2.2. Os familiares da vítima como vítimas do desaparecimento forçado. O equívoco da Corte IDH de não se considerar competente para decidir sobre o desaparecimento forçado do senhor Blake restou *atenuado* pela sua conclusão de que a demora em esclarecer a situação da pessoa desaparecida – que veio a acontecer somente sete anos após os fatos – viola os direitos dos familiares da vítima às garantias judiciais e à integridade psíquica e moral. Temos aqui, portanto, uma ampliação da noção da vítima, acolhida também pela Declaração da ONU sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados, de 1992, que considera que “Todo ato de desaparecimento forçado subtrai a vítima da proteção da lei e causa grandes sofrimentos a ela e a sua família” (art. 1.2). Sobre o tema, vejamos a lição de Cançado Trindade:

“Numa situação continuada própria do desaparecimento forçado de pessoa, as vítimas são tanto o desaparecido (vítima principal) como seus familiares; a indefinição gerada pelo desaparecimento forçado subtrai a todos da proteção do direito. Não há como negar a condição de vítimas também aos familiares do desaparecido, que têm o cotidiano de suas vidas transformado num verdadeiro calvário, no qual as recordações do ser querido se mesclam com o tormento permanente de seu desaparecimento forçado. Em meu entender, a forma complexa de violação de múltiplos direitos humanos que representa o delito de desaparecimento forçado de pessoa tem como consequência a *ampliação da noção de vítima* de violação dos direitos protegidos” (voto no *Caso Blake vs. Guatemala*, Mérito, § 38).

4. Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru

Sentença de 04.09.1998	<i>Exceções preliminares</i>
Sentença 30.05.1999	<i>Fundo, reparações e custas</i>
Sentença de 17.11.1999	<i>Cumprimento de sentença</i>

4.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia apresentada pela CIDH, por meio da qual alega que Jaime Francisco Castillo Petruzzi e outras pessoas, todos chilenos, foram detidos em outubro de 1993 por agentes da Direção Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE), sendo que no mês seguinte o juiz instrutor militar resolveu abrir a investigação contra Castillo Petruzzi e os demais, condenando-os em janeiro de 1994 pelo crime de traição à pátria e lhes aplicando a pena de prisão perpétua. A sentença foi confirmada pela instância recursal. A CIDH afirma que as vítimas não foram processadas e julgadas por um tribunal competente, independente e imparcial, mas sim por um tribunal “sem rosto”, pertencente à Justiça Militar.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado do Peru violou diversos direitos das vítimas, dentre os quais o direito à liberdade pessoal, à legalidade estrita da norma penal, ao de ser julgado por um tribunal competente, independente e imparcial, à ampla defesa, ao recurso, à publicidade do processo e à liberdade pessoal.

Não foi reconhecida a violação do direito à nacionalidade. Ao final, a Corte IDH ordenou ao Estado peruano que adote as medidas para reformar as normas consideradas incompatíveis com a CADH e também que indenize as vítimas e seus familiares.

4.2. Pontos importantes

4.2.1. Estrangeiros como sujeitos ativos do crime de traição à pátria. Para a CIDH, o Peru não poderia julgar e condenar cidadãos chilenos pelo crime de traição à pátria, pois, agindo dessa maneira, estaria lhes impondo um vínculo artificial de fidelidade e de lealdade com o Peru, violando o direito à nacionalidade dos cidadãos chilenos. Assim, concluiu a CIDH que somente os nacionais poderiam ser sujeitos ativos do crime de traição à pátria. No entanto, a Corte IDH não acolheu a alegação da CIDH e ressaltou que o *crime de traição à pátria* configurava, na verdade, uma espécie de *crime de terrorismo agravado*, não havendo violação alguma à nacionalidade dos cidadãos chilenos o fato de terem sido considerados autores daquela infração penal (Mérito, reparações e custas, § 102).

4.2.2. Primeiro caso em que a Corte IDH se manifestou quanto ao princípio da legalidade penal. A CADH regula o princípio da legalidade em seu art. 9º, estabelecendo que “Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se”. Embora o princípio da máxima taxatividade legal não esteja expressamente previsto no art. 9º da CADH, a Corte Interamericana tem entendido pela sua violação quando a lei penal incriminadora não é clara e taxativa na descrição do tipo penal²². No *Caso Castillo Petruzzi*, a Corte IDH verificou que o Peru não diferenciava claramente os crimes de traição à pátria e de terrorismo, sendo que o primeiro era julgado pela Justiça Militar “sem rosto”, em procedimento sumaríssimo, e poderia resultar em pena de prisão perpétua. Assim, a Corte IDH decidiu que o Estado peruano violou o art. 9º da CADH, afirmando que:

“A Corte entende que na elaboração dos tipos penais é preciso utilizar termos estritos e unívocos, que delimitem claramente as condutas puníveis, dando pleno sentido ao princípio da legalidade penal. Isso implica uma clara definição da conduta incriminada, que fixe seus elementos e permita distingui-la de comportamentos não puníveis ou condutas ilícitas sancionáveis com medidas não penais. A ambiguidade na formulação dos tipos penais gera dúvidas e abre o campo ao arbítrio da autoridade, particularmente indesejável quando se trata de estabelecer a responsabilidade penal de indivíduos e sancioná-la com penas que afetam severamente bens fundamentais, como a vida ou a liberdade” (Fundo, reparações e custas, § 121).

²² Sobre o tema, com indicação de precedentes da Corte IDH, ver: ANTKOWIAKI, Thomas. Comentário do artigo 9º. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*: comentario. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014. p. 257-259.

4.2.3. Incompetência da Justiça Militar para julgar civil. O *Caso Castillo Petruzzi* representa o primeiro precedente – de outros que viriam posteriormente – sobre o entendimento predominante no sistema interamericano de proteção de direitos humanos a respeito da impossibilidade de a Justiça Militar julgar civis²³. Afirmando que os tribunais militares do Peru não preenchiam os requisitos da independência e da imparcialidade, notadamente porque as forças armadas estavam imersas no *combate* contra grupos insurgentes, assentou a Corte IDH que:

“O traslado de competências da justiça comum à justiça militar e o consequente processamento de civis pelo delito de traição à pátria neste foro supõe a exclusão do juiz natural para o conhecimento destas causas. Com efeito, a jurisdição militar não é naturalmente aplicável a civis que careçam de funções militares e que por isso não podem incorrer em condutas contrárias a deveres funcionais deste caráter. Quando a justiça militar assume competência sobre um assunto que deve conhecer a justiça ordinária, se vê afetado o direito ao juiz natural e, *a fortiori*, o devido processo, o qual, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça” (Fundo, reparações e custas, § 128).

4.2.4. Considerações sobre o direito ao recurso. A Corte IDH verificou que, na estrutura judiciária do Peru, o julgador de segunda instância também integrava a Justiça Militar, não reunindo, portanto, no seu entendimento, os requisitos do juiz natural (independência e imparcialidade). E, assim, ressaltou a Corte IDH que o direito ao recurso, previsto no art. 8.2.h da CADH, não se satisfaz com a mera existência de um órgão de grau superior ao que julgou e condenou o acusado. Em virtude disso, concluiu a Corte IDH que:

“(...) em que pese a existência, sob condições muito restritivas, de recursos que possam ser utilizados pelos processados, aqueles não constituem uma verdadeira garantia de reconsideração do caso por um órgão jurisdicional superior que atenda as exigências de competência, imparcialidade e independência que a Convenção estabelece” (Mérito, reparações e custas, § 161).

4.2.5. Desnacionalização da proteção internacional dos direitos humanos. O juiz Cançado Trindade utilizou a expressão *desnacionalização da proteção internacional dos direitos humanos* para explicar que a nacionalidade não é um requisito para demandar internacionalmente contra o Estado, sendo o bastante que o indivíduo se encontre sob a jurisdição daquele (Exceções preliminares, § 29 do voto).

4.3. Conexões com o Direito brasileiro

4.3.1. O crime de traição à pátria no Brasil. O crime de traição à pátria está previsto no art. 355 do Código Penal Militar, que prevê a pena de morte (grau máximo) e a reclusão

²³ Sobre o tema, ver: GUTIÉRREZ, Juan Carlos; CANTÚ, Silviano. La restricción a la jurisdicción militar en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 7, n. 13, 2010, p. 75-97.

de 20 anos (grau mínimo) para o nacional que tomar armas contra o Brasil ou Estado aliado, ou prestar serviço nas forças armadas de nação em guerra com o Brasil. Esta é a denominada *traição própria*, pois somente pode ser praticada por *nacional*. A *traição imprópria*, por sua vez, está prevista no art. 362 do CPM, somente podendo ser praticada por *estrangeiro*, cujas condutas tipificadas estão previstas noutros dispositivos conforme o *caput* daquele preceito.

4.3.2. A Lei 12.694/2012 e a falácia do juiz sem rosto. No dia 24 de julho de 2012, o Estado brasileiro promulgou a Lei 12.694, diploma conhecido por instituir o polêmico julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. De forma equivocada, parte da doutrina brasileira passou a afirmar que o legislador havia introduzido no ordenamento jurídico pátrio a figura do “juiz sem rosto”, tida por inconveniente pela Corte IDH. Tal afirmação não é verdadeira, uma vez que, segundo os dispositivos da Lei 12.694/2012, o réu sabe exatamente quais juízes farão parte do colegiado, viabilizando, inclusive, a arguição de suspeição e impedimento dos magistrados. Desse modo, lei brasileira que regulamentou o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organização criminosa se aproximou do sistema *Cour d'Assises* do Direito francês, uma vez que, neste sistema, o réu conhece a identidade dos membros do colegiado que irão realizar o seu julgamento²⁴.

4.3.3. Incompetência da Justiça Militar para julgar civil e o cenário brasileiro. O art. 9º do Código Penal Militar brasileiro tipifica os crimes militares em tempos de paz, dividindo-os, segundo classificação doutrinária, em *crimes militares próprios*, que são aqueles que exigem a condição de militar do agente, e em *crimes militares impróprios*, que são aqueles que podem ser praticados também por civis. A competência da Justiça Militar para julgar civis tem sido questionada há tempos pela Defensoria Pública da União, sem, contudo, convencer o STF, cuja jurisprudência tem sido uniforme pela compatibilidade – com apenas algumas restrições – da submissão do civil à Justiça castrense em tempo de paz²⁵. Em 2013, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADPF 289, por meio da qual sustenta que “a submissão de civis à jurisdição da Justiça Militar, em tempo de paz, viola o estado democrático de direito (artigo 1º da CF), o princípio do juiz natural (artigo 5º, inciso LIII, da CF), além do princípio do devido processo legal material e, ainda, os artigos 124 (competência da Justiça Militar para julgar crimes militares) e 142 (dispõe sobre as Forças Armadas) da CF” (rel. min. Gilmar Mendes, pendente de julgamento). Também se encontra pendente de julgamento, no STF, o HC 112.848, impetrado pela DPU, que foi afetado pela 1ª Turma ao Plenário²⁶.

Há quem entenda que os precedentes da Corte IDH sobre a jurisdição militar – entre eles, o *Caso Castillo Petruzzi* – não se aplicam ao Brasil, devendo se realizar um *distin-*

²⁴ Sobre o tema, ver: MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cléber. *Crime Organizado*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2016, p. 26.

²⁵ Neste sentido: RHC 137.074, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 06/12/2016; HC 124.858, rel. min. Teori Zavascki, 2ª Turma, j. 18/05/2015; ARE 760.036 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 14/10/2014; entre outros.

²⁶ Curiosidade: neste HC, a PGR, pelo Subprocurador-Geral da República, manifestou-se favorável à competência da Justiça Militar para julgar civis.

guishing, pois a Justiça Militar da União brasileira é uma *instituição civil* e tem competência constitucional para julgar crimes militares, independentemente de quem seja o autor (militar ou civil)²⁷. Divergimos deste entendimento. A nosso ver, *ratio decidendi* dos precedentes da Corte IDH é muito clara, sobretudo no *Caso Castillo Petruzzi*, de modo que, embora existam, sim, algumas peculiaridades na organização da jurisdição militar de alguns países condenados pela Corte Interamericana, o *recado* da Corte para os países do continente americano nos parece muito claro: a Justiça Militar somente pode julgar militares por *crimes funcionais*, devendo os civis serem submetidos à jurisdição civil ordinária.

4.3.3.1. A proposta intermediária: julgamento de civil pelo juiz auditor em primeira instância. Provavelmente antevendo a dificuldade de se superar e não observar o entendimento da Corte IDH a respeito da impossibilidade absoluta de a Justiça Militar julgar civis em tempos de paz, alguns setores e membros do Poder Judiciário já apresentaram uma proposta intermediária, que consistiria em retirar a competência dos juízes militares para julgarem civis, reservando esta competência exclusivamente ao juiz civil e concursado que integra a estrutura da Justiça Militar da União de primeira instância²⁸. Esta proposta restou acolhida pela Lei 13.774/2018, que, alterando o Código de Processo Penal Militar, retirou dos órgãos colegiados da Justiça Militar da União – o Conselho Especial de Justiça e o Conselho Permanente de Justiça, ambos presididos por juiz civil e formados por mais quatro juízes militares – a competência para julgar civis em primeira instância, atribuindo esta competência exclusivamente ao juiz federal civil da Justiça Militar. Assim, o art. 30 do CPPM passou a estabelecer o seguinte:

“Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente:

(...)

I-B - processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo”.

A nosso ver, esta proposta intermediária também se revela inconveniente (incompatível com a jurisprudência da Corte IDH). Transcrevemos a seguir, trechos da manifestação conjunta assinada por advogados da ONG Tortura Nunca Mais e da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ na condição de *amicus curiae* na APDF 289, com quem estamos acordo:

²⁷ NETO, Luiz Octavio Rabelo. *Competência da Justiça Militar da União para julgamento de civis: compatibilidade constitucional e com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos*. In: Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar – vol. 25, n. 2 (jan./jun. 2016) – Brasília: Superior Tribunal Militar, p. 135.

²⁸ Neste sentido, ver: NETO, Luiz Octavio Rabelo. *Competência da Justiça Militar da União para julgamento de civis...*, p. 135: “Nesse sentido, urge reconhecer que, embora a JMU tenha competência para o julgamento de civis, é inconstitucional e inconveniente a participação de militares da ativa nesse julgamento, sob pena de afronta às garantias do juiz natural, da independência e da imparcialidade objetiva, de forma que é preciso concluir que o julgamento deve ser atribuído monocraticamente ao juiz civil e concursado que integra atualmente os Conselhos de Justiça”. E assim, também a opinião do min. Gilmar Mendes em seu voto no HC 112.848 (Plenário, pendente de julgamento).

“109. Em primeiro lugar, o juiz-auditor continua atuando no contexto da justiça castrense, aplicando suas normas e embebido de seus valores. Esse fator, por si só, compromete a imparcialidade objetiva de sua atuação, tendo em vista a ausência de garantias materiais que permitam afastar qualquer dúvida quanto a sua parcialidade (...).

110. Em segundo lugar, o julgamento em segunda instância permaneceria sendo realizado pelo STM, integrado majoritariamente por ministros militares. Ademais, tanto em primeira quanto em segunda instância, a legislação aplicável orbitaria em torno do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar, outorgados durante os anos de chumbo e impermeáveis às inovações ocorridas do Direito Penal e Processual Penal em geral (...).

111. Por fim, a manutenção da competência da Justiça Militar para julgar civis contrariaria todos os esforços de justiça de transição, perpetuando fática e simbolicamente entulho anacrônico e autoritário francamente incompatível com a sistemática e os valores baseados na centralidade dos direitos humanos e da democracia, consagrados na ordem constitucional inaugurada pela Carta de 1988”.

4.3.4. Incompetência da Justiça Militar para julgamento dos crimes cometidos por oficiais das Forças Armadas no exercício das atribuições subsidiárias de auxiliarem o poder civil no combate ao crime. A LC 97/1999 dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Este diploma normativo recebeu diversas alterações com o advento da LC 117/2004, em especial no que diz respeito à possibilidade de os membros das Forças Armadas atuarem subsidiariamente e em auxílio ao poder civil no combate ao crime ou na garantia da lei e da ordem. A LC 136/2010 também promoveu outras alterações na LC 97/1999, unificando a operação das três Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) como um objetivo da denominada *Estratégia Nacional de Defesa*. Estas inovações legislativas ampliaram, portanto, o espectro de atuação das Forças Armadas, afirmando, ainda, que eventuais crimes cometidos por seus membros no exercício destas *atribuições subsidiárias* devem ser julgados pela Justiça Militar da União.

A Procuradoria-Geral da República ingressou com a ADI 5.032 contra os dispositivos das LCs 97, 117 e 136, defendendo que “A ampliação e o fortalecimento das Forças Armadas no combate ao crime, especialmente o de fronteira, não é incompatível com a Constituição Federal de 1988 e com o Estado Democrático de Direito. Todavia o é a transferência, à Justiça Militar, da competência para o julgamento dos crimes cometidos no exercício das atribuições subsidiárias acometidas às Forças Armadas e a cada uma de suas Armas” (rel. min. Marco Aurélio, pendente de conclusão do julgamento). A PGR menciona alguns precedentes da Corte IDH na petição inicial da ADI 5.032 – como o *Caso Durand e Ugarte* e o *Caso Castillo Petruzzi*, ambos contra o Peru – para criticar a ampliação da competência da Justiça Militar, ressaltando que esta jurisdição deve ser restrita, excepcional e dotada apenas de competência funcional (isto é, para julgar crimes funcionais cometidos por militares).

5. Caso dos Meninos de Rua (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala

Sentença de 11.09.1997	<i>Exceções preliminares</i>
Sentença de 19.11.1999	<i>Fundo</i>
Sentença de 26.05.2001	<i>Reparações e custas</i>

5.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia apresentada pela CIDH sobre o sequestro seguido de tortura e assassinato de cinco jovens, dentre os quais Villagrán Morales. Os fatos não foram investigados adequadamente pelo Estado demandado, que tampouco garantiu o direito de acesso à justiça às famílias das vítimas. As vítimas eram “meninos de rua”, amigos que viviam no setor conhecido como “Las Casetas”, local que registrava uma taxa alta de delinquência e criminalidade, além de abrigar um número muito grande de “meninos de rua”. Na época em que ocorreram os fatos, havia na Guatemala um padrão comum de ações à margem da lei, perpetradas por agentes de segurança estatais contra os jovens, o que incluía ameaças, detenções, tratamentos cruéis e homicídios como meio de combater a delinquência e a vadiagem juvenil.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado violou diversos direitos assegurados pela CADH, a exemplo do direito à liberdade pessoal em razão de a detenção dos jovens ter sido arbitrária, não tendo havido prévia ordem judicial nem situação de flagrante que ensejasse a apreensão, censurando, ainda, o fato de os jovens não terem sido conduzidos à presença de uma autoridade judicial logo após a prisão, o que aumentou os riscos para a integridade física e a vida das vítimas. A Corte IDH também decidiu que o Estado violou, entre outros, o direito à vida das vítimas, assentando igualmente a violação da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Ao final, estabeleceu a Corte Interamericana que o Estado descumpriu com seu dever de investigar e punir os responsáveis pela violação dos direitos humanos, determinando, então, que realizasse uma investigação real e efetiva.

5.2. Pontos importantes

5.2.1. Direito à vida e direito à existência digna. No julgamento do *Caso dos Meninos de Rua*, a Corte IDH ressaltou que o direito à vida não compreende apenas o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também “(...) o direito a que não se lhe impeça o acesso às condições que lhe garantam uma existência digna” (Mérito, § 144). Em voto conjunto proferido no *Caso dos Meninos de Rua*, os juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli afirmaram que a privação arbitrária da vida não se limita, então, ao ilícito do homicídio, estendendo-se igualmente à privação do *direito de viver com dignidade*, razão pela qual concluem que o direito à vida pertence, ao mesmo tempo, “(...) ao domínio dos direitos civis e políticos, assim como ao dos direitos econômicos, sociais e culturais, ilustrando assim a inter-relação e indivisibilidade de todos os direitos humanos” (§ 4º).

5.2.2. Vulnerabilidade acentuada das crianças em situação de rua. Enfatizaram os juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli, em seu voto proferido no julgamento do *Caso Meninos*

de Rua, que “O dever do Estado de tomar medidas positivas se acentua precisamente em relação com a proteção da vida de pessoas vulneráveis e indefesas, em situação de risco, como são as crianças na rua” (§ 4º).

5.2.3. Dano ao projeto de vida das crianças em situação de rua²⁹. Afirmaram os juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli, em seu voto proferido no julgamento do *Caso Meninos de Rua*, que “(...) o projeto de vida é consubstancial do direito à existência, e requer para seu desenvolvimento condições de vida digna, de segurança e integridade da pessoa humana” (§ 8º), concluindo, em seguida, que:

“Uma pessoa que em sua infância vive, como em tantos países da América Latina, na humilhação da miséria, sem a menor condição sequer de criar seu projeto de vida, experimenta um estado de padecimento equivalente a uma morte espiritual; a morte física que a esta segue, em tais circunstâncias, é culminação da destruição total do ser humano” (§ 9º).

5.2.4. Audiência de custódia no âmbito da prisão de adolescentes. Villagrán Morales e os demais jovens assassinados foram presos sem ordem judicial ou situação de flagrância e não foram conduzidos sem demora à presença de uma autoridade judicial, conforme determina o art. 7.5 da CADH. A Corte IDH obviamente reprovou esse comportamento da Guatemala, advertindo sobre o descumprimento da – assim chamada no Brasil – audiência de custódia (Mérito, §§ 133 e 134). Noutro precedente, do ano de 2014, a Corte IDH reiterou seu entendimento sobre a aplicação do art. 7.5 da CADH às apreensões de crianças e adolescentes (*Caso Irmãos Landaeta Mejias e outros vs. Venezuela*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 178). Sobre o tema, também já se pronunciou o Comitê da ONU sobre Direitos da Criança que “todo menor detido e privado de liberdade deverá ser colocado à disposição de uma autoridade competente em um prazo de 24 horas para que se examine a legalidade de sua privação ou a continuidade desta” (Observação Geral nº 10, § 83).

5.3. Conexões com o Direito brasileiro

5.3.1. Audiência de custódia no caso de apreensão de adolescentes. O tópico 5.2.4 nos exige uma breve exposição a respeito da aplicabilidade do art. 7.5 da CADH (audiência de custódia) no âmbito da prisão de adolescentes³⁰. Com muito mais razão, a audiência de custódia deve ser aplicada na apreensão de adolescentes infratores ou em conflito com a lei, quando a sua realização deverá ocorrer em prazo ainda mais rápido. Assim, os arts. 171 e 175 do ECA devem passar por um controle de convencionalidade, extraindo-se deles uma interpretação que possibilite a máxima efetividade dos direitos humanos. O art. 171 restringe a apresentação do adolescente aos casos de prisão por ordem judicial, quando, na verdade, deve-se aplicar também – e principalmente – nos casos de prisão em flagrante. E o art. 175, por sua vez, ao prever que o adolescente preso em flagrante deverá

²⁹ Sobre o dano ao projeto de vida, remetemos o leitor para os comentários do *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*.

³⁰ Este tópico é um resumo da exposição mais abrangente feita por um dos coautores desta obra em: PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro...*, p. 96-101.

ser encaminhado ao Ministério Público, viola os arts. 7.5 e 8.1 da CADH, na medida em que o MP não pode ser considerado uma “autoridade judicial”. Lamenta-se que a Resolução 213 do CNJ tenha sido omissa em relação à apresentação sem demora de adolescentes apreendidos ao juiz, obrigatoriedade esta que decorre diretamente da CADH e que deve ser observada independentemente de regulamentação no Direito interno.

5.3.2. Política Nacional para a População em Situação de Rua. O Decreto 7.053/2009 instituiu no ordenamento jurídico brasileiro a Política Nacional para a População em Situação de Rua. Trata-se de um louvável sinal de preocupação do Estado brasileiro com os direitos humanos das pessoas em situação de rua, uma vez que o Decreto estabelece uma série de regras e princípios para resguardar da melhor maneira possível os direitos humanos das pessoas que vivem na rua³¹.

6. Caso Durand e Ugarte vs. Peru

Sentença de 28.05.1999	<i>Exceções preliminares</i>
Sentença de 16.08.2000	<i>Mérito</i>
Sentença de 03.12.2001	<i>Reparações</i>

6.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia apresentada pela CIDH contra o Estado peruano pela privação ilegal da liberdade e pelo posterior desaparecimento forçado dos senhores Nolberto Durand Ugarte e Gabriel Pablo Ugarte Rivera. Segundo a CIDH, as vítimas foram detidas em fevereiro de 1986 pela Direção contra o Terrorismo (DIRCOTE), sem prévia ordem judicial ou situação de flagrante, por terem cometido, supostamente, o

³¹ Sobre os direitos humanos das pessoas em situação de rua, a Divisão de Estatística do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (ONU) vislumbra a possibilidade de as pessoas em situação de rua serem classificadas em *duas situações*: uma *situação de rua primária* e uma *situação de rua secundária*. A *situação de rua primária* se caracteriza quando as pessoas em situação de rua possuem, ainda que de modo eventual, algum abrigo ou lugar habitável, como, por exemplo, as pessoas que dormem em um abrigo público. Já a *situação de rua secundária* se caracteriza quando as pessoas em situação de rua não possuem um local de residência habitual, vivendo direta e permanente na rua, sem moradia física ou abrigo mesmo que eventual. Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. 2ª ed. São Paulo: D'Plácido, 2016. Registramos ainda que há, ainda, quem reconheça a existência de uma *situação de rua terciária* (que pode ser compreendida como o indivíduo que, apesar de se encontrar em situação de rua, já se encontra inserido no modelo de atendimento proposto pela Política Nacional das Pessoas em Situação de Rua, frequentando Centros POPs, recebendo orientação e atendimento jurídico da Defensoria Pública e do Ministério Público, realizando consultas médicas nos “consultórios de rua”, pernoitando em albergues, casas de trânsito ou de passagem, ou seja, totalmente inserido na rede de proteção das pessoas em situação de rua, buscando alternativas para deixar a rua e voltar ao seio de sua família ou até mesmo ser contemplado com algum programa social de moradia, tais como “Minha Casa Minha Vida” ou aluguel social): HEEMANN, Thimotie Aragon. *A atuação do Ministério Público na tutela dos direitos das pessoas em situação de rua à luz da Constituição Federal de 1988*. In: CAMBI, Eduardo (org). 30 anos da Constituição Federal de 1988 e o Ministério Público: avanços, retrocessos e os novos desafios. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 459-482.

crime de terrorismo. Após vinte dias da data da prisão, foram apresentados ao órgão judicial competente e, na sequência, transferidos para um centro de reabilitação social na prisão El Frontón, onde ficaram internados. Quando foram detidos, a senhora Virginia Ugarte Rivera, mãe de Nolberto e irmã de Gabriel, impetrou um *habeas corpus* em favor deles, mas o trâmite desse expediente foi interrompido devido a motins em diversos centros penitenciários peruanos. Mais de um ano após a apresentação daquele *habeas corpus*, que não foi acolhido, o tribunal que estava responsável pelos processos de terrorismo contra Nolberto e Gabriel declarou a inocência destes, ordenando que fossem colocados em liberdade. Ocorre que, anteriormente, aconteceu uma rebelião na prisão El Frontón, evento que desencadeou uma operação encomendada à Marinha peruana para restabelecimento da ordem, missão que foi cumprida causando a morte de muitos presos. A senhora Virginia, tendo ficado sabendo que havia vários sobreviventes da ação da Marinha, impetrou um *habeas corpus* contra o Diretor do estabelecimento penal em favor de Durand Ugarte e Ugarte Rivera, não tendo, porém, obtido êxito. Em 1989, após tramitar por algumas instâncias, a Sala Revisora do Conselho Supremo da Justiça Militar confirmou a extinção do processo contra os processados pelos crimes cometidos na prisão El Frontón, descartando qualquer responsabilização. As vítimas Nolberto e Gabriel Ugarte não figuraram na lista de sobreviventes e seus cadáveres nunca foram identificados.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado peruano violou os direitos das vítimas à vida, à liberdade pessoal, à integridade pessoal etc., assentando também ter o Peru violado a CADH quando atribuiu à Justiça Militar o julgamento de militares por crimes contra a vida dos presos. Finalmente, a Corte determinou que o Estado deve indenizar os familiares das vítimas pelos danos causados e adotar o esforço possível para localizar e identificar os restos das vítimas e entregá-los aos familiares, assim como para investigar os fatos, processar e punir os responsáveis.

6.2. Pontos importantes

6.2.1. Uso da força para controlar motins e rebeliões. Em duas oportunidades, a Corte IDH condenou o Estado peruano pelo uso excessivo e desproporcional para controlar motins e rebeliões na prisão El Frontón: *Caso Neira Alegria e outros*, em 1995, e *Caso Durand e Ugarte*, em 2000. Em ambos, a Corte IDH concluiu que o Peru privou arbitrariamente a vida dos cidadãos presos no referido estabelecimento penal.

6.2.2. Incompetência da Justiça Militar para julgar militar por homicídio contra civil. A violação de direitos humanos provocada pelas ditaduras militares na América Latina fez com que a jurisprudência da Corte IDH tratasse a jurisdição militar como um foro restritivo, excepcional e funcional³². Assim, tem decidido reiteradamente a Corte IDH que a utilização da Justiça Militar, nos países que ainda a conservem, deve ser mínima e se destinar somente ao julgamento de militares da ativa pela prática de crimes que por

³² Nesse sentido, ver: GUTIÉRREZ, Juan Carlos; CANTÚ, Silvano. La restricción a la jurisdicción militar en los sistemas internacionales..., p. 82. Um estudo amplo sobre o tema, envolvendo Direito comparado, pode ser encontrado em: *Tribunales Militares y graves violaciones de derechos humanos*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2011.

sua própria natureza atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar³³. A partir desta orientação jurisprudencial, não devem ser julgados na jurisdição militar a) civis em tempos de paz, b) militares que não estejam na ativa e c) militares pela prática de crimes que provoquem violação de direitos humanos, isto é, infrações penais que não atentem *exclusivamente* contra a ordem militar. Nesse sentido, estabelece o Princípio 29 do Conjunto de princípios atualizado para a proteção e promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade, da ONU, que “A competência dos tribunais militares deverá se limitar às infrações de caráter especificamente militar cometidas por militares, com exclusão das violações dos direitos humanos, os quais são competência dos tribunais nacionais ordinários ou, se for o caso, quando se tratar de crimes graves conforme o direito internacional, de um tribunal penal internacional”. No julgamento do *Caso Durand e Ugarte*, ressaltou a Corte IDH que:

“Num Estado Democrático de Direito, a jurisdição militar há de ter um alcance restritivo e excepcional e estar dirigida à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados com as funções que a lei atribui às forças militares. Assim, deve estar excluído do âmbito da jurisdição militar o julgamento de civis e somente deve julgar militares pela prática de delitos ou faltas que por sua própria natureza atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar” (Mérito, § 117)³⁴.

“No presente caso, os militares encarregados do combate ao motim ocorrido na prisão El Frontón fizeram um uso desproporcional da força que excedeu em muito os limites de sua função, o que provocou a morte de um grande número de presos. Portanto, os atos que levaram a este resultado não podem ser considerados delitos militares, mas sim delitos comuns, pelo que a investigação e punição dos mesmos devia ter recaído na justiça ordinária, independentemente de que os supostos autores fossem militares ou não” (Mérito, § 118).

6.3. Conexões com o Direito brasileiro

6.3.1. O Caso Carandiru. O entendimento da Corte IDH no *Caso Durand e Ugarte* sobre o uso da força para controlar motins e rebeliões tem uma conexão direta com o *Caso Carandiru*, que se refere ao *massacre* ocorrido em 1992, no estabelecimento penal do Carandiru (SP), quando policiais militares abusaram do uso da força para controlar uma rebelião e ocasionaram a morte de 111 presos. Em setembro de 2016, o TJSP resolveu anular o julgamento dos policiais militares (Apelação 0338975-60-1996.8.26.0001, rel. des. Ivan Sartori, 4ª Câmara Criminal), fato que causou muita repercussão na imprensa e revolta por meio de entidades de proteção dos direitos humanos. O *Caso Carandiru* já tramitava na CIDH, que expressamente reconheceu não ter havido legítima defesa por parte dos policiais militares, mas sim uma atuação efetuada “(...) com absoluto desprezo pela vida dos

³³ Entre outros precedentes, ver: *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Sentença de 23/11/2009. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 272.

³⁴ No mesmo sentido, ver: *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Sentença de 23/11/2009. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, §§ 274 e 275.

detentos, demonstrando-se uma atitude retaliativa e punitiva, absolutamente contrária às garantias que a ação policial deve oferecer”, concluindo que o Estado deveria processar e punir os responsáveis (Relatório nº 34/2000, Caso 11.291). Muito provavelmente este caso será submetido à Corte IDH³⁵.

6.3.2. Incompetência da Justiça Militar para julgar crime doloso contra a vida de civil cometido por militar. Após a Lei 9.299/1996, que alterou dispositivos do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar, e também com o advento da EC 45/2004, que alterou o art. 125, § 4º, da CF, a Justiça Militar – dos Estados ou da União – não possui competência para julgar crime doloso contra a vida de civil cometido por militar³⁶. No entanto, a Lei 13.491/2017 alterou o Código Penal Militar e, embora tenha mantido a competência do Tribunal do Júri para julgar crimes contra a vida praticados por militares contra civil (art. 9º, § 1º), estabeleceu as seguintes exceções:

“Art. 9º (...)

(...)

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidos pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado de Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

(...)”.

Consideramos essa alteração inconveniente, pois conforme vimos anteriormente, o entendimento da Corte IDH – adotado no julgamento do *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*, bem como em outros precedentes – é no sentido da delimitação da competência da Justiça Militar para julgar apenas militares por crimes funcionais (isto é, crimes que atentam contra bens jurídicos próprios da ordem militar). Além disso, o art. 9º, § 2º, do Código Penal Militar, com a alteração dada pela Lei 13.491/2017, viola o art. IX da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (internalizada pelo Decreto nº 8.766/2016), segundo o qual “Os suspeitos dos atos constitutivos do delito do desaparecimento forçado de pessoas só poderão ser julgados pelas jurisdições do direito comum competentes, em cada Estado, com exclusão de qualquer outra jurisdição especial, particularmente a militar”. Se o crime de desaparecimento forçado praticado por militar não

³⁵ O *Caso Carandiru* foi resumido e estudado nesta obra, no capítulo relativo aos casos contra o Brasil na CIDH.

³⁶ Este não tem sido o entendimento do STM: RSE 0000144-54.2014.7.01.0101, rel. Min. José Coêlho Ferreira, j. 09.06.2016.

pode ser processado na Justiça Militar – que é o *menos* –, com muito mais razão o crime de homicídio doloso praticado por militar contra civil – que é o *mais* – também não pode. Com isso, o art. 9º, § 2º, do CPM, não passa pelo filtro do controle de convencionalidade, seja o parâmetro a jurisprudência da Corte IDH ou a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.

A matéria foi levada ao STF por meio da ADI 5.901, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que requer seja declarado inconstitucional o § 2º e incisos do art. 9º do Código Penal Militar. A Procuradoria-Geral da República já se manifestou pela procedência do pedido. A ADI 5.901 foi distribuída para o ministro Gilmar Mendes e aguarda julgamento.

7. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala

Sentença de 25.11.2000	<i>Mérito</i>
Sentença de 22.02.2002	<i>Reparações e custas</i>

7.1. Resumo do caso

No dia 12 de março de 1992, o Sr. Efraín Bámaca Velásquez desapareceu após um enfrentamento entre o Exército da Guatemala e a guerrilha que se produziu na aldeia de Montúfar, próxima a Nueva San Carlos, Retalhuleu, na região oeste da Guatemala. O exército guatemalteco capturou o Sr. Bámaca Velásquez ainda com vida e o levou para as dependências militares, onde foi torturado e morto. Esgotados os recursos internos, a Guatemala foi denunciada na CIDH. Após infrutíferas tentativas de solucionar o caso, a CIDH o submeteu à Corte Interamericana.

Após o processamento do caso, a Corte IDH entendeu por responsabilizar o Estado da Guatemala pela violação dos seguintes artigos da CADH: art. 1.1 (obrigação de respeitar e garantir os direitos), art. 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), art. 4º (direito à vida), arts. 5.1 e 5.2 (direito à integridade pessoal), art. 7º (direito à liberdade pessoal), art. 8º (garantias judiciais) e art. 25 (proteção judicial). Também foi reconhecida a responsabilidade do Estado da Guatemala por violar os arts. 1º, 2º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

7.2. Pontos importantes

7.2.1. Parâmetros para a aplicação de um regime mais severo ao custodiado. No *Caso Bámaca*, a Corte IDH fixou parâmetros para a aplicação de um regime mais severo ao custodiado, afirmando que “(...) o isolamento prolongado e a incomunicabilidade coativa a que se vê submetida a vítima representam, por si mesmos, formas de tratamento cruel e desumano, lesivas da integridade física e moral da pessoa e do direito de todo detido ao respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Essa incomunicabilidade produz no preso sofrimentos morais e perturbações psíquicas, coloca-o numa situação de particular vulnerabilidade e aumenta o risco de agressão e arbitrariedade nos centros prisionais” (Mérito, § 150). Consideramos oportuno anotar, ainda, que o entendimento da Corte

IDH se coaduna com o documento internacional conhecido como *Regras de Mandela*, que possui a natureza de *soft law*, tratando-se da atualização das Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Presos.

7.2.2. Universalismo vs. Relativismo cultural. O juiz Cançado Trindade apresentou um interessante voto no julgamento do *Caso Bámaca*, destacando o embate entre universalismo cultural e relativismo cultural. Cançado Trindade também destacou a importância do multiculturalismo e teceu severas críticas aos adeptos da corrente denominada *relativismo cultural*, afirmando que eles “(...) parecem esquecer alguns elementos fundamentais inquestionáveis, a saber: primeiro, as culturas não são estáticas, manifestam-se dinamicamente no tempo e se mostraram abertas aos avanços no domínio dos direitos humanos nas últimas décadas. Em segundo lugar, muitos tratados de direitos humanos foram ratificados por Estados com as mais diversas culturas. Em terceiro lugar, existem tratados mais recentes, como a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), que, nos seus trabalhos preparatórios, tomaram em devida consideração a diversidade cultural e hoje gozam de uma aceitação quase universal. Quarto, a diversidade cultural nunca foi um obstáculo à formação de um núcleo universal de direitos fundamentais não derogáveis, estabelecido em muitos tratados de direitos humanos. Quinto, as Convenções de Genebra sobre o Direito Internacional Humanitário também contam com uma aceitação praticamente universal” (§ 25). Estamos de acordo com Cançado Trindade, pois não é possível compactuar com violações de direitos humanos sob o argumento de que se está diante de uma manifestação cultural peculiar de determinada região³⁷.

7.2.3. Os três níveis do delito de desaparecimento forçado. A doutrina e a Corte IDH entendem que o delito de desaparecimento forçado deve ser classificado como um delito de terceiro nível, e isso porque ele não atinge apenas a pessoa desaparecida (primeiro nível) e tampouco apenas os seus familiares (segundo nível), mas acaba por atingir toda a sociedade. Sobre este ponto, vejamos a lição de Kai Ambos e Pablo Rodrigo Alflen: “A partir do caso Bámaca, a CorIDH identificou um terceiro nível no âmbito das vítimas do desaparecimento forçado e, portanto, um terceiro nível a respeito do bem jurídico protegido: ao primeiro nível individual da pessoa, e ao segundo âmbito dos familiares, se agregou o nível coletivo, no qual se reconheceu o direito da sociedade em conhecer a verdade dos fatos”³⁸. Nota-se, portanto, que o terceiro nível do delito de desaparecimento forçado está ligado ao direito à verdade e à memória, que constituem nada menos que duas das quatro dimensões da justiça de transição³⁹.

³⁷ Infelizmente, o relativismo cultural ainda impera em países do continente asiático. Nesse sentido, lembramos o triste “Caso Sakineh”, no qual a iraniana Sakineh Mohammadi Ashtiani foi condenada em maio de 2006 após ter mantido uma “relação ilegal” com dois homens. Ela recebeu a sentença de 99 chicotadas por essa condenação, e a pena foi cumprida. Mãe de dois filhos, a mulher de 43 anos acabou sendo julgada novamente pouco tempo depois e recebeu uma segunda condenação, dessa vez por adultério. Ela foi sentenciada à morte por apedrejamento. No julgamento, Sakineh negou ter cometido adultério.

³⁸ AMBOS, Kai; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: RT, 2013. p. 95.

³⁹ Sobre o tema *dimensões da justiça de transição*, remetemos o leitor para nossos comentários ao *Caso Gomes Lund*.

Escala de níveis das vítimas atingidas pelo desaparecimento forçado	
Primeiro nível	A prática do delito de desaparecimento forçado atinge apenas a pessoa desaparecida (TEDH, <i>Caso Çakici vs. Turquia</i>).
Segundo nível	A prática do delito de desaparecimento forçado atinge a pessoa desaparecida e seus familiares (Corte IDH, <i>Caso Blake vs. Guatemala</i>).
Terceiro nível	A prática do delito de desaparecimento forçado atinge a pessoa desaparecida, seus familiares e a sociedade (Corte IDH, <i>Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala</i>).

7.2.4. Indeterminabilidade do conteúdo abrangido pela forma de reparação de danos chamada de restituição na íntegra (*restitutio in integrum*). A *restitutio in integrum* é a modalidade de reparação de direitos humanos por excelência. É por meio dela que os tribunais internacionais buscam restabelecer o *status quo ante* das vítimas de direitos humanos. No entanto, em voto apresentado no julgamento do *Caso Bámaca*, o juiz García Ramírez teceu algumas críticas ao termo *restitutio in integrum*, apontando que ele careceria de sentido, tendo em vista a sua indeterminabilidade semântica⁴⁰.

7.3. Conexões com o Direito brasileiro

7.3.1. Inconvencionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). De acordo com o que foi decidido pela Corte IDH no *Caso Bámaca*, é possível argumentar que o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) é inconveniente e viola direitos previstos na CADH, além de também conflitar com as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Presos. Atualmente, as Regras de Mandela admitem um limite máximo de 15 dias para a duração do isolamento de um preso, afirmando que, se o isolamento vai além daquele limite, passa a ser considerado *confinamento solitário prolongado*, prática que deve ser proibida (Regras 43 e 44). No entanto, a legislação brasileira, ao disciplinar o RDD, permite um período de até 360 dias de isolamento (LEP, art. 52, I), o que supera em muito os 15 dias estipulados pela ONU nas Regras de Mandela. Por fim, importante ressaltar que está pendente de julgamento pelo STF a ADI 4.162 (rel. Min. Rosa Weber), ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, que tem como pedido a declaração de inconstitucionalidade do RDD, constando do parecer apresentado por José Afonso da Silva ao CFOAB a menção ao *Caso Bámaca*.

Prazo de duração do RDD na LEP e nas Regras de Mandela	
LEP	Máximo de 360 dias (art. 52).
STF	Máximo de 15 dias (Regras 43 e 44).

⁴⁰ Parcela da doutrina alerta sobre a impossibilidade de se aferir uma possível incidência, violação (ou até mesmo ponderar) normas dotadas de um alto grau de indeterminabilidade semântica. Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

7.3.2. Propostas filosóficas para superar o paradigma do universalismo versus relativismo cultural. Fazendo um *link* com o voto de Cançado Trindade no *Caso Bámaca*, observamos a evolução da doutrina ao tratar da clássica discussão entre universalistas versus relativistas. Buscando a superação desse paradigma, e até mesmo um olhar crítico sobre o tema, a doutrina desenvolveu uma série de novas concepções e instrumentos, como, por exemplo, a *hermenêutica diatópica*, o *universalismo de chegada* (ou de *confluência*) e o *imperialismo dos direitos humanos*. Passamos à análise de cada uma dessas concepções.

7.3.2.1. A hermenêutica diatópica e a superação do paradigma universalismo versus relativismo. Segundo Boaventura de Souza Santos, os ideais da corrente que defende o universalismo dos direitos humanos implicam uma imposição moral universal, isto é, eles não poderiam ser postos em prática no cenário mundial sem a imposição de uma cultura hegemônica às minorias, o que caracterizaria uma espécie de *canibalização cultural*. Em resposta a esse problema, Santos defende uma concepção multicultural dos direitos humanos, pautada no diálogo entre as culturas, com o objetivo de alcançar uma universalidade construída por diversas concepções culturais, sem, no entanto, a imposição de valores ocidentais às culturas orientais e vice-versa, atingindo com isso um ideal cosmopolita. Sobre a visão multicultural dos direitos humanos, vejamos a lição de Boaventura:

“Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é precondição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo. É sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Atualmente, são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o interamericano, o africano e o asiático. Mas serão os direitos humanos universais enquanto artefato cultural, um tipo de invariante cultural, parte significativa de uma cultura global? Todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universal. Por isso, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona pelo modo como o questiona. Por outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental”⁴¹.

A *interculturalidade* pode ser compreendida como o contato e intercâmbio entre culturas em condições de igualdade. Esse contato e intercâmbio não devem ser pensados apenas em termos étnicos, mas também a partir da relação, comunicação e aprendizagem permanente entre pessoas, grupos, conhecimentos, valores, tradições, lógicas e racionais.

⁴¹ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997, p. 18-19. Sobre essa questão, trazemos ainda a lição de Catherine Walsh: “A multiculturalidade é um termo precipuamente descritivo. Tipicamente se refere a multiplicidade de culturas que existem dentro de um determinado espaço, seja local, regional, nacional ou internacional, sem que necessariamente exista uma relação entre elas” (WALSH, Catherine. *La interculturalidad en la educación*, Lima: Ministério de Educación, 2005, p. 5).

lidades distintas. Nessa linha, com o intuito de proporcionar um diálogo intercultural dos direitos humanos, Boaventura propõe o que denomina de *hermenêutica diatópica*, que, em breve síntese, consiste na compreensão mútua dos distintos universos de sentidos das culturas envolvidas no diálogo, para que se consiga alcançar uma universalidade dos direitos humanos construída por diversas concepções culturais⁴².

7.3.2.2. O universalismo de confluência e a união dos indivíduos em prol da dignidade da pessoa humana. O denominado *universalismo de confluência*, também chamado de *universalismo de chegada*, é um conceito elaborado pelo filósofo espanhol Joaquín Herrera Flores ao estudar o papel dos direitos humanos como forma de unir os indivíduos em prol de embates pela dignidade. Para Herrera Flores, a concepção tradicional do universalismo seria chamada de *universalismo de partida*, já que os defensores dessa concepção de universalismo partem de um conjunto de direitos preestabelecidos pela cultura ocidental e desconsideram questões importantes como a diversidade cultural, a distribuição do poder, as questões de gênero e a assimetria econômica entre os indivíduos, ignorando o contexto real dos fatos. Segundo Flores, o universalismo tradicional (ou “de partida”) é regido pelos ideais capitalistas, por meio de um fenômeno chamado “racionalidade da mão invisível”, que é nada mais, nada menos do que um paralelo realizado por Herrera Flores com a famosa *teoria da mão invisível do mercado* de Adam Smith, aplicada no período do Estado Liberal de Direito. Ainda para Herrera Flores, a concepção culturalista pura seria insuficiente para uma compreensão dos direitos humanos, já que, na maioria das vezes, os membros de determinada cultura tendem a ignorar e não valorar práticas culturais não coincidentes com sua cultura, caracterizando o que se pode chamar de *universalismo de retas paralelas*. Nessa linha, Herrera Flores propõe uma visão mais rebuscada dos direitos humanos, pautada em uma *racionalidade de resistência*. Para isso, o autor afirma que os indivíduos devem possuir uma concepção prévia de que são dotados de determinados direitos e, além disso, estão por vezes em uma situação de opressão (ante a imposição de práticas hegemônicas). Nessa linha de raciocínio, Flores propõe que o indivíduo se situe na periferia, afinal, segundo o filósofo espanhol, a periferia seria o lugar ideal para a compreensão dos valores impostos de forma hegemônica pelo *universalismo de partida*. Desse modo, e com forte semelhança com a concepção multicultural dos direitos humanos proposta por Boaventura de Souza Santos, Joaquim Herrera Flores propõe o

⁴² Ainda sobre a *hermenêutica diatópica* proposta por Boaventura de Souza Santos como forma de proporcionar um diálogo intercultural dos direitos humanos, vejamos a didática exposição de Portela: “Por fim, Boaventura de Souza Santos vem defendendo uma proposta de superação da polêmica entre o universalismo e o relativismo, que é a chamada ‘hermenêutica diatópica’, que se fundamenta na noção de que os referenciais de uma cultura ‘são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem’, ou seja, no reconhecimento das limitações dos valores dos universos culturais. O objetivo dessa hermenêutica é ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra, num verdadeiro diálogo intercultural. A hermenêutica diatópica tem dois imperativos: o primeiro é o de que das ‘diferentes visões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro’; o segundo é o de que ‘as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza’. Com isso, as possibilidades e exigências das normas de direitos humanos poderão ser progressivamente absorvidas e apropriadas pelas culturas locais, sem que isso signifique aquilo que Boaventura de Souza Santos chama de ‘canibalização cultural’” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 826-827).

denominado *universalismo de chegada* ou de *confluência*, segundo o qual os indivíduos buscam chegar até uma concepção universalista dos direitos humanos por meio da convivência e de diálogos interculturais, proporcionando cruzamentos e misturas entre os indivíduos sem a pretensão de excluir nenhum ser humano na luta por sua dignidade⁴³.

7.3.2.3. O imperialismo dos direitos humanos e a utilização dos direitos humanos como pretexto para legitimar intervenções militares. O *imperialismo dos direitos humanos*, tema desenvolvido por Eric Hobsbawm, consiste na situação em que os direitos humanos são um pretexto para as intervenções militares imperialistas (geralmente praticadas por países da Europa ou pelos EUA). Assim, por meio de uma falsa premissa de proteção dos direitos humanos, mitiga-se o princípio da não intervenção de um Estado em outro para a “proteção” dos nacionais do Estado invadido. No entanto, o discurso é puramente teórico, já que, na prática, essas intervenções militares têm objetivo diverso da proteção dos direitos humanos. Trata-se de uma nova forma ideológica de *imperialismo*, que tem como objetivo principal a implementação de um regime econômico (ou controlar a economia) nos mais variados países (embora os direitos humanos sejam o instrumento apto para acabar com a barbárie e instaurar a ordem, não foi a sua defesa o que vimos no Afeganistão e no Iraque – os dois últimos países em que os Estados Unidos intervieram⁴⁴). Atualmente, os direitos humanos são tanto uma forma de resistência aos Estados opressores quanto um pressuposto da própria legitimidade interna e internacional dos Estados. Conforme aponta Ronaldo Bastos, “A pretensão de universalismo dos grandes impérios é uma ideia tão velha quanto a história. A novidade está sempre nas justificativas que fundamentam as pretensões universais. Do ponto de vista político, esta é uma tendência tanto atual quanto perigosa, pois esconde o imperialismo por trás de intenções pacifistas e garantidoras de dignidade”⁴⁵.

⁴³ Sobre o *universalismo de confluência*, explica Joaquín Herrera Flores: “Por isso, nossa visão complexa dos direitos aposta por uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas aos direitos. E tampouco descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero. O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há de se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes) de um processo conflitivo, discursivo de diálogo ou de confrontação no qual cheguem a romper-se os prejuízos e as linhas paralelas. Falamos do entrecruzamento, e não de uma mera superposição de propostas. O universalismo abstrato mantém uma concepção unívoca da história que se apresenta como o padrão ouro do ético e do político” (FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Revista da UFSC, v. 23, n. 44, 2002, p. 21).

⁴⁴ É bem verdade que alguns países só conseguem mudar as suas estruturas políticas a partir de uma ação externa. No entanto, não foi o que aconteceu nos acontecimentos que originaram a denominada “Primavera Árabe”.

⁴⁵ BASTOS, Ronaldo. *O imperialismo dos Direitos Humanos e a Falsidade de Suas Premissas*. Disponível em:

8. Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru

Sentença de 24.09.1999	Competência
Sentença de 31.01.2001	Mérito, reparações e custas

8.1. Resumo do caso

Consta na denúncia apresentada pela CIDH que em abril de 1992 o então Presidente do Peru, Alberto Fujimori, dissolveu o Congresso e o Tribunal de Garantias Constitucionais, assim como destituiu vários juízes da Corte Suprema de Justiça. Em outubro de 1993, mediante referendo, se aprovou a nova Constituição Política do país. Em junho de 1996, formou-se o novo Tribunal Constitucional. No mesmo ano foi promulgada uma *lei de interpretação autêntica* do art. 112 da Constituição, estabelecendo que a vedação de uma segunda reeleição pelo Presidente não agiria retroativamente, aplicando-se somente às eleições iniciadas após a data da promulgação do texto constitucional. O Colégio de Advogados de Lima apresentou uma ação de inconstitucionalidade contra aquela *lei de interpretação autêntica*. Por cinco votos contra dois, o Tribunal Constitucional declarou a inaplicabilidade da lei. Na sequência, iniciou-se uma campanha contra os cinco magistrados que votaram pela inaplicabilidade da lei, os quais disseram que receberam intimidações, chantagens, pressões e ofertas de todo tipo. Em janeiro de 1997, pela solicitação de dois magistrados, o Tribunal Constitucional decidiu novamente sobre a ação de inconstitucionalidade ajuizada pelo Colégio dos Advogados, quando, por três votos favoráveis e quatro abstenções, concluiu-se de novo pela inaplicabilidade daquela lei. Os magistrados que votaram contra o governo Fujimori foram processados e destituídos pelo Congresso Nacional em maio de 1997, tendo eles questionado as resoluções de destituição por ações de amparo, as quais foram declaradas infundadas. Em dezembro de 1997, ante a interposição de uma ação de amparo por parte de uma congressista, a Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça decidiu que não competia ao Tribunal Constitucional exercer o controle difuso e estabeleceu que a *lei de interpretação autêntica* estava vigente. Finalmente, em novembro de 2000, o Congresso anulou as resoluções de destituição daqueles magistrados e os reconduziu aos seus cargos no Tribunal Constitucional. Em virtude da destituição, os três magistrados deixaram de receber seus salários e tiveram gastos e custas com a tramitação de processos internos e internacionais.

Durante a tramitação do caso na Corte Interamericana, o Peru apresentou instrumento de revogação da aceitação da jurisdição contenciosa da Corte, expediente que não foi acolhido por este órgão jurisdicional com base em dois argumentos: a) a CADH não admite a revogação ou a retirada da aceitação da jurisdição contenciosa da Corte, o que somente poderia ser feito por meio de denúncia integral da Convenção; e b) a Convenção de Viena não admite a denúncia ou a retirada com *efeitos imediatos*, estipulando um prazo mínimo de doze meses para que o Estado manifeste sua intenção (art. 56.2).

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado violou o art. 8º da CADH, e isso porque:

“(…) é evidente que o procedimento do juízo político ao qual foram sub-

metidos os magistrados destituídos não assegurou a estes as garantias do devido processo legal e não se cumpriu com o requisito da imparcialidade do julgador. Ademais, a Corte observa que, nas circunstâncias do caso concreto, o Poder Legislativo não reuniu as condições necessárias de independência e imparcialidade para realizar o juízo político contra os três magistrados do Tribunal Constitucional” (Mérito, reparações e custas, § 84).

Também decidiu a Corte que o Estado violou o art. 25 da CADH, que dispõe sobre o direito à proteção judicial:

“Dadas as consequências do presente caso, a Corte estima que o fracasso dos recursos interpostos contra a decisão do Congresso que destituiu os magistrados do Tribunal Constitucional se deve a apreciações não estritamente jurídicas. Está provado que quem integrava o Tribunal Constitucional e que conheceu o amparo dos magistrados destituídos, foram as mesmas pessoas que participaram ou se viram envolvidas no procedimento de acusação constitucional no Congresso. Em razão do anterior, de conformidade com os critérios e exigências esgrimidas por este Tribunal sobre imparcialidade do juiz (...), pode afirmar-se que na decisão dos amparos no caso em análise não se reuniram as exigências de imparcialidade por parte do Tribunal que conheceu os citados amparos. Portanto, os recursos intentados pelas supostas vítimas não eram capazes de produzir o resultado para o que haviam sido concebidos e estavam condenados ao fracasso, como na prática sucedeu” (Mérito, reparações e custas, § 96).

Finalmente, a Corte IDH também decidiu que o Estado peruano violou o art. 1.1 da CADH (obrigação de respeitar os direitos), determinando, então, que o Peru empreenda uma investigação para processar e punir os responsáveis pelas violações aos direitos humanos, que divulgue publicamente os resultados dessa investigação, assentando, ainda, que o Estado deve pagar o montante correspondente aos salários e demais prestações subtraídas dos magistrados-vítimas.

8.2. Pontos importantes

8.2.1. Impossibilidade de revogação da aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH. Remetemos o leitor aos comentários do *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*.

8.2.2. Sobre a relação do Poder Legislativo com os demais poderes no juízo político. A Corte IDH enfrentou pela primeira vez, no julgamento do *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru*, a questão relativa ao juízo político exercido pelo Poder Legislativo e a relação deste com os demais poderes. Por exercício do *juízo político* estamos entendendo, aqui, a parcela de poder que as Constituições atribuem ao Poder Legislativo para desempenho de atividade *tipicamente judicial*, em que pratica atos decisórios como forma de controle dos demais poderes. Conforme muito bem esclareceu a Corte IDH, “(...) este controle não significa que exista uma relação de subordinação entre o órgão controlador – neste caso, o Poder Legislativo – e o controlado (...), mas que a finalidade desta instituição é submeter os altos funcionários a um exame e decisão sobre suas atuações por parte da re-

apresentação popular” (Mérito, reparações e custas, § 63)⁴⁶. Esse processo de determinação de *responsabilidade política* é conhecido e denominado de *impeachment*.

8.2.3. O devido processo no juízo político exercido pelo Poder Legislativo. Como decorrência do tópico anterior, a Corte IDH se viu diante de um tema muito controverso, que diz respeito à aplicação do devido processo – isto é, das garantias previstas no art. 8º da CADH – ao juízo político. Noutras palavras: o processo de *impeachment* deve observar as garantias do devido processo estabelecidas no art. 8º da CADH? A Corte enfrentou esse tema tanto no julgamento do *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru* quanto posteriormente, em 2013, no julgamento do *Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador*, em ambos decidindo a partir de um contexto de destituição arbitrária de membros do Poder Judiciário. Inicialmente, a Corte IDH reiterou a sua jurisprudência de que o art. 8º da CADH não se aplica somente ao processo de natureza penal, estendendo seu elenco de garantias mínimas também para outros *tipos* de processos, como aqueles de natureza cível, trabalhista, administrativa, entre outros (Mérito, reparações e custas, § 70). Na sequência, referindo-se agora especificamente ao processo de *impeachment* (ou ao *juízo político*), a Corte Interamericana ressaltou que, embora a função jurisdicional pertença eminentemente ao Poder Judiciário, outros órgãos ou autoridades públicas também podem exercer funções desse tipo, de modo que “(...) quando a Convenção se refere ao direito de toda pessoa a ser ouvida por um ‘juiz ou tribunal competente’ para a ‘determinação de seus direitos’, esta expressão se refere a qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judicial, que através de suas resoluções determine direitos e obrigações das pessoas” (Mérito, reparações e custas, § 71). Mais à frente, conclui a Corte IDH que, quando a pessoa estiver sujeita a um julgamento pelo Poder Legislativo, conservará o seu direito de ser julgada por um órgão competente, independente e imparcial (Mérito, reparações e custas, § 77).

Estamos de acordo com a Corte IDH quanto à aplicação das garantias processuais previstas no art. 8º da CADH ao processo de *impeachment*. No entanto, ao menos no que diz respeito a algumas daquelas garantias – em especial, a de ser julgado por um órgão imparcial –, entendemos que a Corte Interamericana poderia ter feito uma diferença de *grau*, estabelecendo que a imparcialidade que se exige do Poder Judiciário não é a *mesma* que se espera do Poder Legislativo. Situações como a antecipação de voto pelo congressista, a orientação (e não *determinação*) de líder partidário para que seus pares votem em tal sentido, a existência de *condições pessoais* que diminuam ou eliminem a sua *isenção* (como, por exemplo, a inimizade pessoal ou a rivalidade política com a pessoa em julgamento), entre outras, nos parecem *comuns* ao ambiente do juízo político. Conforme vimos anteriormente, a própria Corte IDH admite que a finalidade do processo de *impeachment* é submeter algumas autoridades a um exame sobre suas atuações por parte da *representação popular*.

Por isso, a nosso ver, considerando que o congressista não se despoja da sua condição

⁴⁶ Sobre o tema, ver: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Juicio político a jueces, independencia judicial y desvio de poder (sobre el Caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador). In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor Felipe; PÉREZ, Luis Raúl González; VALADÉS, Diego (coords.). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Tomo III: Justicia. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 217-276.

de *representante popular* quando exerce a função jurisdicional, exigir dele uma *imparcialidade plena*, tal como a que se espera do membro do Poder Judiciário (que não é *representante popular*), desfigura a própria essência do juízo político, vestindo nos congressistas uma *toga* que não lhes cabe. Em resumo: entendemos que os membros do Poder Legislativo devem ser imparciais na condução e no julgamento do processo de *impeachment*, isso, porém, observado um *grau* diferente de imparcialidade, alguém daquele exigido dos membros do Poder Judiciário. Advertimos e reiteramos, por fim, que a nossa conclusão diverge do entendimento da Corte Interamericana.

8.3. Conexões com o Direito brasileiro

8.3.1. O processo de *impeachment* no Direito brasileiro e o entendimento do STF sobre a imparcialidade dos congressistas. A questão relativa à aplicação das garantias processuais no processo de *impeachment* foi muito debatida recentemente no Brasil, em especial pelo STF no julgamento da ADPF 378 MC, rel. min. Edson Fachin, red. p/ acórdão min. Roberto Barroso. O entendimento da Corte IDH, com menção expressa ao *Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru* inclusive, constou do voto do min. Edson Fachin na ADPF 378. Sobre o tema da imparcialidade dos congressistas na condução e no julgamento do processo de *impeachment*, de que tratamos anteriormente no tópico 8.2.3, o min. Edson Fachin assim se pronunciou em seu voto no julgamento daquela ADPF, quando decidiu pela inaplicabilidade dos institutos do impedimento e da suspeição ao juízo político⁴⁷:

“Não se ignora, destarte, a relevância do instituto [da imparcialidade], de aplicação vocacionada ao sistema judiciário, visto que essas considerações não podem ser simplesmente transportadas ao plano de processos político-jurídicos.

Primeiro, pelo fato de que, por opção constitucional, determinadas infrações sujeitam-se a processamento e a julgamento em território político, em que os atores ocupam seus postos com supedâneo em prévias agendas e escolhas desta natureza. Sendo assim, soa natural que a maioria dos agentes políticos ou figuram como adversários do Presidente da República ou comungam de suas compreensões ideológico-partidárias. Esses entraves de ordem política são da essência de um julgamento de jaez jurídico-político. Escolha que, repita-se, decorre da própria Constituição.

A propósito, essa compreensão, se levada a extremo, poderia conduzir à inexistência de agentes políticos aptos a proferir julgamento. Por exemplo, as

⁴⁷ Recordamos aqui que o Secretário-Geral da OEA apresentou um pedido de opinião consultiva à Corte IDH, por meio da qual pediu à Corte que indicasse os critérios limitadores dos *juízos políticos*, referindo-se especificamente – para demandar mais urgência na apreciação – ao caso do *impeachment* da então presente Dilma Rousseff. A Corte IDH rejeitou o pedido nos seguintes termos: “(...) a Corte estima que a emissão da opinião consultiva solicitada poderia constituir um pronunciamento prematuro sobre o tema ou assunto em questão, que poderá ser submetido posteriormente no marco de um caso contencioso. Adicionalmente, considera que uma resposta à consulta apresentada poderá implicar pronunciar-se sobre um assunto que ainda não foi resolvido a nível interno. Assim, a Corte também tem presente que a solicitação de consulta em exame apresenta uma daquelas situações nas quais se desvirtuaria o propósito e o conteúdo da função consultiva com que foi investida este Tribunal pelo artigo 64.1 da Convenção Americana” (Resolução adotada em 23.06.2016).

inclinações de agentes governistas e oposicionistas, mormente na hipótese de manifestações públicas, dando conta da predisposição decisória, induziriam ao reconhecimento da parcialidade? Como exigir, num julgamento de conteúdo também político, impessoalmente, por exemplo, das lideranças do governo e da oposição?

Com efeito, o nível de imparcialidade aduzido no petitório inicial não se coaduna com a extensão pública das discussões valorativas e deliberações dos parlamentares. É preciso que se reconheça que, embora guardem algumas semelhanças, processos jurídicos e político-jurídicos resolvem-se em palcos distintos e seguem lógicas próprias.

(...) Outrossim, a independência do parlamentar deve ser exercida com observância da Constituição e de forma correspondente aos anseios dos representados. Sendo assim, ao contrário do que ocorre no âmbito judicial, a imparcialidade não constitui característica marcante do Parlamento.

Diante disso, exigir aplicação fria das regras de julgamento significaria, em verdade, converter o julgamento jurídico-político em exclusivamente jurídico, o que não se coaduna com a intenção constitucional. A Constituição pretendeu que o legislador estivesse sujeito à lei e a interesses políticos, de modo que a subtração dessa perspectiva implicaria violação ao Princípio Democrático”.

No mesmo sentido, afirmou o min. Roberto Barroso, em seu voto na ADPF 378, que “(...) é incabível a equiparação entre magistrados, dos quais se deve exigir plena imparcialidade, e parlamentares, que devem exercer suas funções com base em suas convicções político-partidárias e pessoas e buscar realizar a vontade dos representados”. Essa foi a conclusão do STF no julgamento da ADPF 378, em entendimento, portanto, que diverge da Corte IDH e converge com o nosso, apesar de não sustentarmos a total liberdade dos congressistas no processo de *impeachment*, preferindo afirmar que a imparcialidade lhes é exigida, mas em *grau* diferenciado do que se exige dos membros do Poder Judiciário.

Ainda sobre o tema, registramos que o entendimento da Corte IDH a respeito da imparcialidade exigida no processo de *impeachment* foi citado a) pelo – então – Advogado-Geral da União José Eduardo Cardoso em petição dirigida à Presidência da Câmara dos Deputados⁴⁸, b) na petição inicial da ADPF 378⁴⁹, c) no parecer dos professores Juarez Tavares e Geraldo Prado para instruir a ADPF 378⁵⁰ e d) na denúncia apresentada à CIDH em favor da ex-Presidente Dilma Rousseff⁵¹.

⁴⁸ Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/05/peticao_camara_-_25-04-2016.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2017.

⁴⁹ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-378-pcdob-impeachment.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

⁵⁰ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-impeachment-juarez-geral-do-prado.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

⁵¹ Disponível em: <<http://www.pt.org.br/wp-content/uploads/2016/08/denuncia.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

Imparcialidade dos congressistas na condução e no julgamento de processo de <i>impeachment</i> (ou juízo político)	
Corte IDH	A imparcialidade deve ser exigida dos congressistas na condução e no julgamento de processo de <i>impeachment</i> .
STF	A imparcialidade não deve ser exigida dos congressistas na condução e no julgamento de processo de <i>impeachment</i> , razão pela qual não se aplicam ao juízo político os institutos da suspeição e do impedimento.

9. Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá

Sentença de 18.11.1999	<i>Exceções preliminares</i>
Sentença de 02.02.2001	<i>Mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 28.11.2003	<i>Competência</i>

9.1. Resumo do caso

O caso diz respeito à denúncia apresentada pela CIDH, por meio da qual alega que, em outubro de 1990, a Coordenadora de Sindicatos de Empresas Estatais apresentou ao Governo do Panamá uma série de petições relativas a certas mudanças propostas em seu programa político, as quais, segundo a direção sindical, afetavam a classe trabalhadora. O Governo panamenho rechaçou todas as solicitações daquele Sindicato, o que ensejou que a direção deste convocasse uma marcha para o dia 4 de dezembro e uma paralisação para o dia seguinte. A marcha foi realizada no dia programado. Paralelamente, o ex-chefe da Polícia Nacional e outros militares detidos escaparam da prisão e tomaram o quartel principal da Polícia Nacional durante a noite daquele dia da marcha e em parte do dia seguinte. O Estado associou esse fato com a marcha organizada pelos dirigentes sindicais, razão pela qual estes decidiram suspender a greve já na manhã do dia 5 de dezembro. Apesar disso, o Estado considerou que a ação sindical foi uma “participação cúmplice” com o fim de derrocar o Governo constitucionalmente instalado e propôs a demissão massiva de todos os trabalhadores que haviam participado da marcha, remetendo, para esse fim, um projeto de lei à Assembleia Legislativa. Em 10 de dezembro, sem aguardar a aprovação do projeto de lei, o Governo panamenho iniciou uma política ampla de demissão massiva dos trabalhadores de empresas estatais, que concluiu com a destituição das 270 pessoas peticionárias deste caso. Em 14 de dezembro, a Assembleia Legislativa aprovou aquele projeto de lei com caráter retroativo. Os trabalhadores demitidos tentaram reverter o cenário no Judiciário, mas não obtiveram êxito.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Panamá violou as garantias da legalidade e da irretroatividade da lei prejudicial (CADH, art. 9º) quando, partindo de conceitos muito vagos de condutas ilícitas e, ainda, de uma lei editada após os fatos, demitiu os peticionários deste caso. A Corte IDH também decidiu que o Estado panamenho violou as garantias do devido processo e da proteção judicial (CADH, arts. 8.1,

8.2 e 25), pois a decisão que ensejou a demissão dos trabalhadores não foi individualizada e não lhes foi assegurado um recurso efetivo para questionar judicialmente o problema de suas demissões. Divergindo da CIDH, a Corte entendeu que não foi violado o direito de reunião (CADH, art. 15), já que os trabalhadores realizaram a marcha regularmente. Na sequência, a Corte IDH decidiu que o Panamá violou o direito à liberdade de associação (CADH, art. 16) quando demitiu dirigentes sindicais que estavam envolvidos nas reivindicações. Finalmente, afirmou a Corte IDH que:

“(...) o Estado está obrigado a restabelecer em seus cargos as vítimas que se encontrem vivas e, se isso não for possível, oferecer-lhes alternativas de emprego que respeitem as condições, salários e remunerações que tinham no momento que foram demitidas. No caso de também não ser possível este último, o Estado deverá proceder com o pagamento da indenização que corresponda ao encerramento das relações de trabalho, em conformidade com o direito laboral interno. Da mesma maneira, aos titulares dos direitos das vítimas que tenham falecido, o Estado deverá lhes oferecer retribuições em forma de pensão ou retirada que lhes corresponda. Tal obrigação a cargo do Estado se manterá até seu total cumprimento” (Mérito, reparações e custas, § 203).

9.2. Pontos importantes

9.2.1. Âmbito de proteção do art. 9º da CADH: irretroatividade apenas para fins penais ou também para outras punições? Vimos no resumo do caso que o Estado panamenho procedeu com a demissão em massa dos trabalhadores com base numa lei editada após os fatos, aplicando-a, portanto, retroativamente. A CIDH entendeu que essa conduta violou o art. 9º da CADH (princípios da legalidade e da retroatividade). O Panamá, porém, se defendeu alegando que aquele dispositivo da CADH somente se aplica ao Direito Penal. A Corte IDH acolheu o entendimento da CIDH e, afirmando que as sanções administrativas – das quais a demissão é uma espécie – também representam o *poder punitivo* do Estado, decidiu que os princípios da legalidade e da irretroatividade da norma punitiva se aplicam àquelas, de modo que “(...) A qualificação de um fato como ilícito e a fixação de seus efeitos jurídicos devem ser preexistentes à conduta do sujeito a que se considera infrator” (Mérito, reparações e custas, § 106).

9.2.2. Extensão do art. 8º da CADH a processos não penais. Assim como decidido no *Caso Ivcher Bronstein*, em que se discutia a incidência do devido processo e das garantias judiciais do art. 8º da CADH ao processo administrativo de cancelamento de naturalização⁵², também aqui, no julgamento do *Caso Baena Ricardo e outros*, a Corte IDH afirmou que as garantias judiciais se aplicam a todos os processos, seja ele penal, laboral, fiscal ou de qualquer outra natureza (Mérito, reparações e custas, § 125). E, assim, a Corte IDH ressaltou que:

“A justiça, realizada através do devido processo legal, como verdadeiro

⁵² Ver nossos comentários ao *Caso Ivcher Bronstein* no tópico 5.2.5.

valor juridicamente protegido, deve ser garantida em todo processo disciplinar, e os Estados não podem se subtrair desta obrigação argumentando que não se aplicam as garantias do artigo 8º da Convenção Americana no caso de sanções disciplinares e não penais. Permitir aos Estados esta interpretação equivaleria deixar à sua livre vontade a aplicação ou não do direito de toda pessoa a um devido processo” (Mérito, reparações e custas, § 129).

9.2.3. Primeiro caso em que a Corte IDH se manifestou sobre o direito à liberdade de associação. O direito à liberdade de associação está previsto no art. 16 da CADH⁵³ e a primeira vez que a Corte IDH se manifestou sobre ele foi no julgamento do *Caso Baena Ricardo e outros*, oportunidade em que ressaltou se tratar “(...) do direito fundamental de agrupar-se para a realização comum de um fim lícito sem pressões ou intromissões que possam alterar ou desnaturalizar sua finalidade” (Mérito, reparações e custas, § 156). Para a Corte IDH, o direito à liberdade de associação, em matéria laboral, compreende um direito e uma liberdade: “(...) o direito a formar associações sem restrições distintas das permitidas nos incisos 2 e 3 daquele preceito convencional [art. 16 da CADH] e a liberdade de toda pessoa de não ser compelida ou obrigada a associar-se” (Mérito, reparações e custas, § 159).

10. Caso “A última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile

Sentença de 05.02.2001

Mérito, reparações e custas

10.1. Resumo do caso

Em novembro de 1988, após uma petição proposta por uma junta de sete advogados que alegavam agir como representantes da Igreja Católica e de Jesus Cristo, o Conselho de Qualificação Cinematográfica do Estado do Chile proibiu, com fundamento no art. 19, § 12º, da sua Constituição, a exibição do filme *A Última Tentação de Cristo*, dirigido por Martin Scorsese. Segundo os advogados que interpuseram a petição, o filme atentava contra os princípios cristãos e contra a honra de Jesus Cristo. Após a censura realizada pelo Estado chileno e avalizada pela sua Corte Suprema, o caso chegou à CIDH, que, sem obter uma solução consensual, submeteu a demanda à Corte Interamericana.

Após o processamento do caso, a Corte IDH responsabilizou o Estado do Chile por ter violado o direito à liberdade de pensamento e expressão, previsto no art. 12 da CADH. Por outro lado, a Corte IDH concluiu que o Estado chileno não violou o direito

⁵³ Vejamos o que estabelece o art. 16 da CADH:

“Artigo 16 – Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

2. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

3. O presente artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia”.

à liberdade religiosa, pois o conteúdo desse direito estaria relacionado com a permissão para que as pessoas professem, conversem e divulguem suas crenças religiosas, e, nesse âmbito, a proibição da exibição do filme *A Última Tentação de Cristo* em nada afetou a referida liberdade fundamental. Por fim, a Corte Interamericana enfatizou a importância de o Estado chileno reformar a sua Constituição para eliminar a censura cinematográfica.

10.2. Pontos importantes

10.2.1. Caso emblemático envolvendo o direito à liberdade de expressão e a jurisprudência da Corte IDH. Embora o *Caso Olmedo Bustos* não tenha sido o primeiro em que a Corte IDH apreciou o direito à liberdade de expressão⁵⁴, muitos o consideram como um divisor de águas na jurisprudência da Corte no que diz respeito à liberdade fundamental em exame. Isso porque o filme *A Última Tentação de Cristo* estava sendo exibido na grande maioria dos países vizinhos do Chile (inclusive no Brasil), o que acabou dando ensejo a uma grande repercussão da mídia latino-americana.

10.2.2. Norma constitucional originária pode ser objeto de controle de convencionalidade. O *Caso Olmedo Bustos* também se destaca em razão de o Estado chileno ter sido responsabilizado pela Corte IDH mesmo agindo com fundamento em uma norma constitucional editada pelo seu poder constituinte originário. Conforme muito bem estabeleceu a Corte, “(...) a responsabilidade internacional do Estado pode decorrer de atos ou omissões de qualquer poder ou órgão deste, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana” (Mérito, reparações e custas, § 72). Em seu voto no *Caso Olmedo Bustos*, o juiz Cançado Trindade também advertiu que “(...) qualquer norma de direito interno, independentemente de sua natureza (constitucional ou infraconstitucional), pode, por sua própria existência e aplicabilidade, *per se* comprometer a responsabilidade de um Estado Parte num tratado de direitos humanos” (§ 40).

Assim, consideramos importante ressaltar que, para o Direito Internacional, não há importância se a norma é constitucional, infraconstitucional ou até mesmo um ato administrativo, já que o Direito interno é visto como mero *fato*. Logo, nem mesmo as normas constitucionais oriundas do poder constituinte originário servem como excludente de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos⁵⁵. Em razão disso, o caso chamou a atenção da comunidade internacional como um todo, já que, conforme dito,

⁵⁴ A primeira vez que a Corte IDH apreciou um caso envolvendo o direito à liberdade de expressão foi no *Caso Blake vs. Guatemala* (1998), embora neste caso a questão principal não girasse em torno do direito à liberdade de expressão.

⁵⁵ Sobre a possibilidade de as normas constitucionais serem objeto de controle de convencionalidade, vejamos também a lição de André de Carvalho Ramos: “(...) para o Direito Internacional, os atos normativos internos (leis, atos administrativos e mesmo decisões judiciais) são expressões da vontade de um Estado, que devem ser compatíveis com seus engagements internacionais anteriores, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente. (...) Assim, mesmo a norma constitucional de um Estado é vista não como ‘norma suprema’, mas como mero fato, que, caso venha a violar a norma jurídica internacional, acarretará a responsabilização internacional do Estado infrator” (RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 132-133). Ainda sobre esse tema, lembramos ao leitor que a primeira vez que a Corte IDH determinou a modificação de um ato legislativo interno foi no *Caso Suárez Rosero vs. Equador* (1997).

a Corte Interamericana responsabilizou o Estado do Chile pelo ocorrido, inclusive ordenando que fossem realizadas reformas na Constituição chilena. É importante ressaltar que a decisão da Corte IDH surtiu efeitos, uma vez que, posteriormente à condenação no *Caso Olmedo Bustos*, o Estado chileno alterou a redação do dispositivo constitucional que permitia a censura prévia, vedando expressamente essa prática inconveniente.

10.2.3. Dupla dimensão do direito à liberdade de expressão. Segundo a Corte IDH (Mérito, reparações e custas, § 52), o direito à liberdade de expressão não abrangeria apenas o direito e a liberdade de se expressar (*dimensão individual*), mas também a liberdade de buscar e disseminar informações (*dimensão social*). Nesta compreensão, o indivíduo é ao mesmo tempo um professor e um aprendiz, dado que a troca de informações é uma via de mão dupla. O chamado *right to communicate* (“r2c”, como se abreviou a expressão em inglês) possui duas facetas correlacionadas: a) o direito do comunicante; e b) o do recipiente. Desse modo, estão compreendidos no conceito de direitos comunicativos tanto a liberdade de expressar opiniões, pontos de vista religiosos e conceitos em ciência e arte quanto os direitos de quem sofre o impacto dessa expressão. Convém lembrar que esses direitos possuem um caráter bivetorial, fato que lhes confere um papel humanista, pois além de sedimentarem a democracia em determinado governo, eles contribuem para uma maior propagação e discussão de ideias no espaço público. Esse aspecto, por sua vez, confere maior densidade ao princípio da igualdade, protegendo grupos de minorias de eventual asfixia pelo grupo majoritário e concretizando o *direito à diferença*. Atualmente, o expoente sobre o assunto é Jürgen Habermas, defensor de uma democracia deliberativa, na qual se privilegia a discussão de debates de ideias em um espaço público. Ainda sobre o direito à dupla liberdade de expressão no âmbito da OEA, é importante ressaltar que a Organização dos Estados Americanos confeccionou uma Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, além de possuir uma relatoria específica sobre o tema. Segundo essa relatoria, as normas com restrições vagas e genéricas ao direito de liberdade de expressão e às liberdades comunicativas não são compatíveis com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, pois acabam por causar restrições indevidas a essa liberdade fundamental, entendimento também adotado pela Corte IDH no *Caso Kimel vs. Argentina*.

10.3. Conexões com o Direito brasileiro

10.3.1. Liberdade de expressão como metadireito e o livre mercado de ideias brasileiro.

Ao julgar diversos casos emblemáticos envolvendo o direito à liberdade de expressão, o STF assentou o entendimento no sentido de que esta consiste em um *metadireito*, sendo a base para que se verbalize e sejam exercidos os demais direitos. Desse modo, a partir das decisões proferidas pelo STF acerca do tema, é possível concluir que a CF de 1988 recepciona a ideia do *livre mercado de ideias* (*free market place of ideas*) proposta por John Milton e que a liberdade de expressão ocupa uma posição especial no sistema constitucional brasileiro, o que lhe atribui peso abstrato elevado em hipótese de colisão com outros direitos fundamentais ou interesses sociais⁵⁶.

10.3.2. Caso Ellwanger. Para muitos, trata-se do precedente mais importante do STF

⁵⁶ Sobre o tema, ver também o parecer da Procuradoria-Geral da República na ADPF 187 (*Marcha da Maconha*), subscrito pela Vice-PGR Deborah Duprat.

em matéria de liberdade de expressão. O *Caso Ellwanger* analisou os limites do direito à liberdade de expressão e a caracterização de *hate speech* (discurso de ódio). Trata-se de um *hard case* envolvendo publicações antisemitas. Nesse caso, o STF entendeu que a publicação da obra com expressões discriminatórias ao povo judeu caracterizava um verdadeiro discurso de ódio (*hate speech*), pois o seu conteúdo violaria o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, além de materializar o delito de racismo (HC 82.424, rel. Min. Moreira Alves, rel. p/ acórdão min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 17.09.2003). Logo, é possível concluir que, como todo direito fundamental, o direito à liberdade de expressão também tem limites, não sendo protegido por essa liberdade fundamental o uso de *fighting words*. Em razão da importância do precedente em questão, o STF admitiu, de forma excepcional, a intervenção de *amicus curiae* na ação de *habeas corpus*.

10.3.3. Caso Gerald Thomas. Neste precedente, o diretor de peças teatrais Gerald Thomas foi vaiado e ofendido ao final de um dos espetáculos que dirigiu. Em reação àquela manifestação, o diretor exibiu suas nádegas ao público. Em virtude do ocorrido, Gerald Thomas foi alvo de uma ação penal, com fundamento no art. 233 do Código Penal (crime de ato obsceno). O caso chegou até o STF pela via do *habeas corpus* e a ordem acabou sendo concedida, tendo o Supremo expressado o seu entendimento no sentido de que, em razão das circunstâncias em que os fatos ocorreram (em uma apresentação teatral que tinha no próprio roteiro uma simulação de ato sexual, bem como após uma manifestação negativa do público às duas horas da manhã), o ato realizado pelo Sr. Gerald Thomas estaria abarcado pelo direito à liberdade de expressão (HC 83.996, rel. min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 17.08.2004).

10.3.4. Caso Jonas Abib. No ano de 2016, chegou ao STF um recurso em *habeas corpus* envolvendo um caso parecido com o *Caso Ellwanger*. Trata-se do *Caso Jonas Abib*, conhecido sacerdote da Igreja Católica, autor do livro “*Sim, Sim! Não, Não! Reflexões de cura e libertação*”, voltado aos católicos, no qual o autor realiza inúmeras críticas ao espiritismo e a religiões de matriz africana, como a umbanda e o candomblé. Em virtude do conteúdo da obra publicada, o Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu denúncia contra o referido sacerdote, pela suposta prática do crime de racismo. Ao analisar o tema, o STF decidiu que o conteúdo normativo e o suporte fático do direito à liberdade religiosa abrangem não apenas a possibilidade de escolher qual religião irá seguir (ou se não irá seguir nenhuma), mas também a prática do proselitismo (RHC 134.682, rel. min. Edson Fachin, 1ª Turma, j. 29.11.2016). Nesse caso, ainda que o proselitismo seja realizado de modo comparativo entre as religiões, tal prática não configura, por si só, crime de racismo, salvo nos casos em que o autor do discurso utilizar palavras de ódio (*fighting words*) ou propor um discurso de dominação visando asfixiar outras religiões.

10.3.5. Marcha da Maconha. Outro precedente, este muito polêmico em razão da matéria tratada, foi o julgamento da ADI 4.274 (rel. min. Ayres Britto, Plenário, j. 23.11.2011), popularmente conhecida como “ADI da Marcha da Maconha”. Nesse julgado, o STF acabou chancelando a prática da manifestação conhecida como “Marcha da Maconha” sob o argumento de que tal manifestação estaria protegida pela liberdade de expressão e pela liberdade de reunião, não caracterizando, assim, apologia ao crime.

10.3.6. ADI das Biografias e a citação do Caso Olmedo Bustos vs. Chile. No dia 9 de junho de 2015, o STF julgou procedente a ADI 4.815 (rel. min. Cármen Lúcia, Plenário), que declara inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias. A decisão conferiu interpretação conforme a Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil brasileiro, em consonância com os direitos fundamentais comunicativos previstos no texto constitucional. O STF privilegiou mais uma vez o direito à liberdade de expressão e o livre mercado de ideias em detrimento de outros direitos, sendo que o *Caso Olmedo Bustos* foi expressamente citado no voto da min. Cármen Lúcia (relatora).

10.3.7. ADI do Humor. Em função do recente atentado terrorista contra o jornal francês Charlie Hebdo, praticado por conta de sátiras realizadas pelo editorial do jornal, é importante destacarmos o entendimento expressado pelo STF na ADI 4.451 (rel. min. Ayres Britto, Plenário, j. 02.09.2010), popularmente conhecida como “ADI do Humor”, que retratou situação semelhante. Neste julgado, discutia-se a constitucionalidade do art. 45, I e II, da Lei 9.504/1997, que classificava como conduta vedada às emissoras de televisão e rádio, a partir de 1º de julho do ano eleitoral, a utilização de trucagem, montagem ou qualquer outro recurso de áudio e vídeo que, de qualquer forma, degradasse ou ridicularizasse determinado candidato, partido político ou coligação. O STF, em sede de medida cautelar naquela ADI, refutou tal proibição à luz do direito à liberdade de expressão, bem como da proibição à censura que vigora no país.

10.3.8. Liberdade de expressão, tatuagens e “teste de Miller” (*miller-test*). No dia 17 de agosto de 2016, o STF julgou inconstitucional a proibição de tatuagens a candidatos a cargo público estabelecida em leis e editais de concurso público. Assim, os editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, ressalvados os casos em que o conteúdo da tatuagem vá de encontro aos valores estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Ao julgar o caso em comento, o min. Luiz Fux fez menção ao famoso “teste de três pontas”, criado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e também conhecido como *teste de Miller* (*miller-test*). Segundo a Suprema Corte Norte Americana, o *teste de Miller* busca aferir se determinada fala ou expressão pode ser enquadrada como obscena, caso em que não estaria protegida pela Primeira Emenda da Constituição dos EUA que versa sobre liberdade de expressão. O *teste de Miller* possui este nome pois foi idealizado pela Suprema Corte Norte Americana no *Caso Miller vs. California* (1973), no qual “(...) a Corte Constitucional dos Estados Unidos apontou que um ato será obsceno quando preencher três condições, desenhadas como os parâmetros do Miller-Test, a saber: um ato será obsceno quando: i) o homem médio, seguindo padrões contemporâneos da comunidade, considere que a obra, tida como um todo, atrai o interesse lascivo; ii) quando a obra retrata ou descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável; iii) quando a obra, como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico” (STF, RE 898.540, Plenário, j. 17.08.2016).

10.3.9. Escola sem Partido ou Escola Livre. Ainda sobre o direito à liberdade de expressão, o STF analisou em sede liminar a constitucionalidade da lei alagoana que disciplinava o programa denominado “Escola Livre”, popularmente conhecido em âmbito nacional como “Escola Sem Partido”. O ato normativo alagoano estipulava uma série de vedações genéricas de condutas aos professores do Estado de Alagoas sob o pretexto de

se evitar a doutrinação ideológica dos alunos. O Supremo reconheceu em sede liminar a inconstitucionalidade do diploma legislativo do Estado de alagoas, sob o argumento de que a lei “Escola Livre” violava o direito à liberdade de expressão e de cátedra dos professores, além de ocasionar um efeito resfriador à liberdade de expressão (*chilling effect*) e uma censura indireta nos agentes comunicativos inseridos em sala de aula⁵⁷.

10.3.10. Caso da Bienal do Livro no Rio de Janeiro. No início do mês de setembro do ano de 2019, durante a Bienal do Livro na cidade do Rio de Janeiro, o Prefeito Marcelo Crivella determinou que funcionários do Município realizassem a apreensão dos exemplares da história em quadrinhos (HQ) “Vingadores, a Cruzada das Crianças”, que estava sendo vendida em um dos estandes da Bienal. O Chefe do Executivo fluminense demonstrou descontentamento em virtude do desenho de um beijo gay entre dois jovens em uma das páginas da HQ. A Bienal impetrou mandado de segurança junto ao TJRJ contra o ato do Prefeito, tendo obtido a liminar, que, porém, depois foi cassada pelo Presidente do Tribunal. A questão chegou ao STF, que, com fundamento no direito à liberdade de expressão e no direito à informação, suspendeu a decisão do Presidente do TJRJ e reestabeleceu a possibilidade circulação e comércio da HQ que havia sido apreendida⁵⁸.

11. Caso Ivcher Bronstein vs. Peru

Sentença de 24.09.1999	Competência
Sentença de 06.02.2001	Mérito, reparações e custas
Sentença de 04.09.2001	Interpretação da sentença de fundo

11.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia apresentada pela CIDH, por meio da qual alega que em novembro de 1984 o Presidente do Peru concedeu a nacionalidade peruana ao senhor Baruch Ivcher Bronstein, nascido em Israel, sob a condição de que Ivcher renunciasse à sua nacionalidade israelense. No mês seguinte, Ivcher fez o que foi solicitado, circunstância que ensejou a imediata expedição do seu título de nacionalidade peruana pelo Ministro das Relações Exteriores. A CIDH ressalta que a nacionalidade peruana era um requisito indispensável para ser proprietário de ações de empresas concessionárias de canais de televisão no Peru.

No ano de 1992, Ivcher era proprietário de mais de 50% das ações de uma companhia de radiodifusão operadora do canal 2 da televisão peruana. No ano de 1997, o canal 2 difundiu, por meio do seu programa “Contraponto”, denúncias sobre torturas cometidas por membros do Serviço de Inteligência do Exército do Peru, assim como reportagens sobre receitas milionárias percebidas por um assessor do dito Serviço de Inteligência. Como consequência dessas denúncias, membros da Direção Nacional da Polícia

⁵⁷ STF, ADI-MC 5.537, rel. min. Roberto Barroso, j. 21.03.2017.

⁵⁸ STF, SL 1.248, rel. min. Dias Toffoli, j. 08.09.2019; STF, Rcl 36.742, rel. min. Gilmar Mendes, j. 08.09.2019.

Fiscal sugeriram a Ivcher que modificasse sua linha informativa. Ainda no ano de 1997, foi aberto um processo da Direção Nacional da Polícia Fiscal contra Ivcher, seguido de uma ordem de detenção por estar fora do país. No mesmo dia, também foi expedido um decreto que regulamentava a Lei de Nacionalidade e estabelecia a possibilidade de cancelar a nacionalidade dos peruanos naturalizados.

Ivcher apresentou algumas medidas judiciais ante a ameaça que aquele decreto lhe significava, mas todas foram declaradas improcedentes. Em julho de 1997, o Diretor-Geral da Polícia Nacional expôs na imprensa as conclusões de um informe da Direção de Migrações e Naturalização, segundo o qual não se havia localizado o expediente que deu origem ao título de nacionalidade peruana a Ivcher, nem se havia demonstrado que este renunciou à sua nacionalidade israelense. Na sequência, o Diretor-Geral de Migrações e Naturalização emitiu uma resolução que deixou sem efeito o título de nacionalidade do senhor Ivcher, situação que inviabilizou o exercício dos direitos como acionista da companhia de televisão.

Em 1999, durante o procedimento na Corte IDH, o Ministro e o Conselheiro da Embaixada do Peru na Costa Rica compareceram à Corte para devolver a demanda do caso Ivcher, entregando na ocasião um expediente do Ministro das Relações Exteriores por meio do qual se informava que, mediante resolução legislativa, o Congresso do Peru teria aprovado a retirada da competência contenciosa da Corte IDH.

Por considerar que o Estado não pode denunciar o tratado ou se retirar *parcialmente* dele, a Corte declarou inadmissível a pretensão do Peru, a qual ainda estaria submetida a um prazo mínimo de notificação se fosse admitida, não sendo permitida a denúncia ou a retirada da jurisdição contenciosa da Corte de imediato. Assim, a Corte IDH afirmou que continuaria a resolver o caso (§§ 53 e 54).

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado peruano violou o direito à nacionalidade de Ivcher quando declarou sem efeito, arbitrariamente, seu título de nacionalidade. Afirmou a Corte IDH, ainda, que o procedimento estabelecido na legislação interna para a anulação do título de nacionalidade não foi observado, já que a Lei Peruana de Normas Gerais de Procedimentos Administrativos dispõe que a outorga do título de nacionalidade somente pode ser anulada dentro dos seis meses seguintes à sua aquisição, sendo que o título de nacionalidade de Ivcher havia sido concedido 13 anos antes (Mérito, reparações e custas, § 95). Na sequência, a Corte IDH também ressaltou que o título de nacionalidade de Ivcher foi declarado sem efeito por autoridade incompetente, e isso porque a aquisição da nacionalidade se formalizou por meio de uma resolução do Presidente e o título foi firmado pelo Ministro das Relações Exteriores, mas a perda da nacionalidade resultou de uma resolução da Direção-Geral de Migrações e Naturalização, órgão de hierarquia menor da que outorgou o direito correspondente (Mérito, reparações e custas, § 96). A Corte IDH também declarou que o Peru violou os arts. 8.1 e 8.2 da CADH, assentando que o processo desenvolvido pela Direção-Geral de Migrações e Naturalização não reuniu as condições do devido processo, eis que não observados a ampla defesa, o contraditório, a competência da autoridade decisória etc. Ainda nos comandos decisórios, concluiu a Corte IDH que "(...) o Estado, ao criar Salas e Juizados Transitórios Especializados em Direito Público e designar juízes que integraria os mesmos, no momento em que ocorriam os fatos do caso sub judice, não garantiu ao

senhor Ivcher Bronstein o direito a ser ouvido por juízes ou tribunais estabelecidos 'com anterioridade pela lei', consagrado no artigo 8.1 da Convenção Americana" (Mérito, reparações e custas, § 114). Também decidiu a Corte que, ao privar Ivcher do uso e do gozo dos direitos societários da companhia de TV, o Estado violou seu direito à propriedade e, indiretamente, à liberdade de expressão, assentando, ainda, a violação do direito à proteção judicial ante a insuficiência dos recursos manejados no Judiciário interno para questionar as medidas sofridas.

11.2. Pontos importantes

11.2.1. A aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH como cláusula pétrea da CADH. Estabelece a CADH que "Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção" (art. 62.1). Assim, o primeiro ponto que deve ser compreendido é que a jurisdição contenciosa da Corte IDH não é imposta ao Estado que ratificar a CADH, tratando-se, portanto, de uma cláusula facultativa. Pois bem. Se o Estado ratifica a CADH e aceita a jurisdição contenciosa da Corte IDH, posteriormente esse Estado pode voltar atrás e simplesmente retirar aquele reconhecimento de que se submeteria à jurisdição contenciosa da Corte?

Isso ocorreu no *Caso Ivcher Bronstein*, em que o Peru, durante o processamento do caso, comunicou à Corte IDH que estava revogando a sua aceitação da cláusula facultativa de submissão à jurisdição contenciosa da Corte. A Corte IDH, porém, não acolheu a retirada do Peru, ressaltando que a aceitação da sua competência contenciosa constitui uma *cláusula pétrea* que não admite limitações que não estejam expressamente contidas no art. 62.1 da CADH (Competência, § 36)⁵⁹. Acrescentou a Corte IDH, ainda, que "(...) a única via de que dispõe o Estado para desvincular-se da submissão à competência contenciosa da Corte, segundo a Convenção Americana, é a denúncia do tratado como um todo (...); se isto ocorrer, dita denúncia somente produziria efeitos conforme o artigo 78, o qual estabelece um pré-aviso de um ano" (Competência, § 40). Finalmente, a Corte IDH ressaltou que o propósito de preservar a integridade das obrigações convencionais decorre do art. 44.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que assim dispõe: "O direito de uma parte, previsto num tratado (...), de denunciar, retirar-se ou suspender a execução do tratado, só pode ser exercido em relação à totalidade do tratado, a menos que este disponha ou as partes acordem diversamente" (Competência, § 50)⁶⁰.

⁵⁹ Sobre o tema, recomendamos o primoroso estudo de CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional, y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. *El Otro Derecho*, Bogotá, n. 35, dez. 2006, p. 57-133.

⁶⁰ Consideramos oportuno anotar que os tratados que disciplinam o funcionamento dos órgãos convencionais do sistema global de proteção dos direitos humanos (os Comitês), diferentemente da CADH, estabelecem expressamente a possibilidade de os Estados retirarem a aceitação da competência dos Comitês para receberem e processarem petições individuais. Assim, por exemplo, o art. 12.1 do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ("Os Estados

11.2.2. Discrecionariade limitada do Estado sobre direito à nacionalidade. O direito à nacionalidade foi construído na história do Direito Internacional “clássico” como uma questão de *direito interno* dos Estados. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, porém, rejeitando a ideia *tradicional* de soberania absoluta, transformou e regulou a nacionalidade como um direito humano fundamental, tanto que a CADH cuidou de estabelecer que “A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la” (art. 20.3)⁶¹. No julgamento do *Caso Ivcher Bronstein*, a Corte IDH ressaltou que, embora *tradicionalmente* se tenha aceitado que a determinação e a regulação da nacionalidade sejam de competência de cada Estado, “(...) a evolução registrada nesta matéria demonstra que o direito internacional impõe certos limites à discrecionariade destes [Estados] e que na regulamentação da nacionalidade não somente concorre a competência dos Estados, mas também as exigências da proteção integral dos direitos humanos” (Mérito, reparações e custas, § 88).

11.2.3. Autoridade competente para cancelar o título de nacional. Observou a Corte que o senhor Ivcher adquiriu o título de nacional do Peru por uma resolução do Presidente da República, também assinada pelo Ministro de Relações Exteriores. No entanto, o cancelamento do título de nacional do senhor Ivcher se deu mediante uma resolução do Diretor-Geral de Migrações e Naturalização, autoridade de menor hierarquia do que aquela responsável pela outorga do título de nacional à vítima. Esse foi um dos motivos que levou a Corte IDH a considerar que o Estado peruano privou arbitrariamente o senhor Ivcher de sua nacionalidade (Mérito, reparações e custas, §§ 96 e 109).

11.2.4. Devido processo legal no processo administrativo de cancelamento de naturalidade. Embora o art. 8º da CADH tenha como título “Garantias Judiciais”, ressaltou a Corte IDH que sua aplicação não se limita aos processos judiciais em *sentido estrito*, devendo ser respeitado em qualquer instância processual – inclusive a administrativa – para que as pessoas possam se defender adequadamente diante de qualquer ato do Estado que possa afetar seus direitos (Mérito, reparações e custas, § 102). E, assim, considerando que no processo administrativo de cancelamento da naturalidade do senhor Ivcher não foram observadas as garantias da ampla defesa, do contraditório e da competência da autoridade decisória, a Corte IDH concluiu que o procedimento desenvolvido na Direção-Geral de Migrações e Naturalização não reuniu as condições do devido processo que exigem os arts. 8.1 e 8.2 da CADH (Mérito, reparações e custas, § 110), assentando o entendimento de que “(...) tanto os órgãos jurisdicionais como os de outro caráter que exerçam funções de natureza materialmente jurisdicional, têm o dever de adotar decisões justas baseadas no respeito às garantias do devido processo legal estabelecidas no artigo

Partes poderão, a qualquer momento, denunciar o presente Protocolo por notificação escrita dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas. A denúncia produzirá efeitos três meses após a data em que o Secretário-Geral tenha recebido a notificação”) e o art. 10.2 do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (“O Estado Parte que fizer a declaração de acordo com o parágrafo 1º deste artigo 10 poderá, a qualquer momento, retirar essa declaração através de notificação ao Secretário-Geral”).

⁶¹ Sobre o tema, ver: BELOFF, Mary. Comentário do artigo 20. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014. p. 473; ARLETTAZ, Fernando. La nacionalidad en el derecho internacional americano. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, p. 413-447.

8º da Convenção Americana” (Mérito, reparações e custas, § 104).

11.2.5. Primeiro caso sobre violação indireta do direito à liberdade de expressão. O *Caso Ivcher Bronstein* é o primeiro precedente da Corte IDH em que foi reconhecida uma violação indireta do direito à liberdade de expressão, pois a nacionalidade peruana era um requisito indispensável para ser proprietário de ações de empresas concessionárias de canais de televisão no Peru (Mérito, reparações e custas, § 162). A CADH estabelece que “Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões” (art. 13.3). Sobre o tema, vejamos a lição de García Ramírez e Alejandra González em primoroso trabalho sobre a liberdade de expressão na jurisprudência da Corte IDH, fazendo expressa menção à restrição da nacionalidade como uma violação indireta da liberdade de expressão:

“Já se disse que as afetações à liberdade de expressão não se manifestam exclusivamente através de ações diretas do Estado – ou de seus agentes – que têm esse fim; é possível que sejam adotadas medidas de outra natureza, menos evidentes, que também obedecem o propósito de reduzir ou evitar a expressão do pensamento e em todo caso produzem esse resultado. Trata-se de ações ou omissões que trazem consigo a inibição do sujeito, como consequência da intimidação, a obstrução de canais de expressão ou a ‘semeadura’ de obstáculos que impedem ou limitam severamente o exercício daquela liberdade. Isso ocorre, por exemplo, quando se viola um direito diferente da liberdade de expressão de forma que esta resulta violada – por exemplo, a privação da nacionalidade do sujeito – (...). A Corte Interamericana tem tido oportunidade de examinar estas hipóteses de violação”⁶².

12. Caso Barrios Altos vs. Peru

Sentença de 14.03.2001	Mérito
Sentença de 03.09.2001	Interpretação da sentença de mérito
Sentença de 30.11.2001	Reparações e custas

12.1. Resumo do caso

Afirma a CIDH que, em novembro de 1991, seis indivíduos mascarados e armados invadiram um imóvel localizado na vizinhança conhecida como Barrios Altos, na cidade de Lima, quando obrigaram as vítimas a se atirarem no chão, nelas disparando, na se-

⁶² RAMÍREZ, Sergio García; GONZÁLEZ, Alejandra. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007. p. 41-42. Sobre o tema, ver também: Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Documento produzido pela Relatoría Especial para la Libertad de Expresión – Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 53 e ss.

quência, indiscriminadamente, por um período aproximado de dois minutos, provocando a morte de quinze pessoas e ferindo gravemente outras quatro, ficando uma destas últimas permanentemente incapacitada. Posteriormente, os agressores fugiram em seus veículos, que possuíam luzes e sirenes policiais. As investigações judiciais e os relatos jornalísticos revelaram que os envolvidos trabalhavam para a inteligência militar, que eram membros do Exército peruano atuantes no “esquadrão de eliminação”, também conhecido como “Grupo Colina”, que realizava um programa *antissubversivo*, principalmente contra supostos integrantes do grupo Sendero Luminoso. No mesmo mês em que ocorreram os fatos, o Congresso Nacional constituiu uma comissão investigadora para apurar o crime de Barrios Altos, a qual, porém, não concluiu sua investigação, pois o “Governo de Emergência e Reconstrução Nacional”, iniciado em abril de 1992, dissolveu o Congresso. Depois disso, o Congresso Constituinte Democrático, eleito em 1992, não retomou a investigação e tampouco publicou o que já havia sido investigado por aquela comissão.

Os anos se passaram até que, em 1995, o Ministério Público e o Judiciário empreenderam nova investida contra os prováveis autores do crime de Barrios Altos. Diversos expedientes atrapalharam o processamento do caso no Judiciário peruano, sobretudo a tentativa de transferir o julgamento dos réus para a Justiça Militar. No entanto, antes que a Corte Suprema decidisse sobre a petição dos tribunais militares que reclamavam a competência para apreciar o caso, o Congresso peruano sancionou uma lei de anistia que excluía a responsabilidade de militares, policiais e também civis que houvessem cometido violações de direitos humanos ou que tivessem participado delas entre 1980 e 1995. Essa lei de anistia, que não foi anunciada publicamente nem debatida, foi promulgada de imediato pelo Presidente e entrou em vigor em junho de 1995. O efeito da referida lei foi o de determinar o arquivamento definitivo das investigações judiciais e, assim, evitar a responsabilidade penal dos responsáveis pelo massacre.

Posteriormente, a juíza responsável pelo processo do crime de Barrios Altos se negou a aplicar a lei de anistia, ressaltando a sua contrariedade às garantias constitucionais e às obrigações internacionais que a CADH impunha ao Peru. A negativa da juíza provocou outra investigação por parte do Congresso, resultando, ainda, na aprovação de uma segunda lei de anistia, a qual estabeleceu que a anistia não era “passível de revisão” em sede judicial e que era de aplicação obrigatória. O efeito desta segunda lei foi impedir que os juízes se pronunciassem sobre a legalidade ou aplicabilidade da primeira lei de anistia, invalidando a decisão proferida por aquela juíza e impedindo decisões similares no futuro. Finalmente, o processo sobre o crime de Barrios Altos foi arquivado pela Corte Superior de Justiça, tendo esta ordenado também a investigação da juíza que conduziu o caso na primeira instância por interpretação incorreta das normas.

Durante o processamento do caso na Corte Interamericana, o Peru aceitou os fatos e reconheceu a sua responsabilidade internacional, razão pela qual a Corte considerou cessada a controvérsia, declarando o Estado peruano responsável pela violação do direito à vida (CADH, art. 4º) das vítimas que morreram e do direito à integridade pessoal (CADH, art. 5º) das vítimas que sobreviveram ao massacre, assentando, ainda, que o Peru violou os arts. 8º e 25 da CADH (garantias judiciais e proteção judicial) como consequência da promulgação e aplicação das leis de anistia, assim como os arts. 1.1 e 2º da CADH (obrigação de respeitar os direitos e dever de adotar as disposições de direito

interno), igualmente como consequência da promulgação e aplicação das leis de anistia, e concluiu determinando que o Estado peruano investigasse os fatos, identificasse e punisse os responsáveis pelo crime de Barrios Altos. Por fim, a Corte IDH ressaltou que “reconhece que a aceitação de responsabilidade do Peru constitui uma contribuição positiva ao desenvolvimento deste processo e à vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (§ 40).

12.2. Pontos importantes

12.2.1. Incompatibilidade das leis de autoanistia com a CADH. Desde os primeiros casos contenciosos julgados pela Corte IDH, foi se desenvolvendo uma tese segundo a qual os Estados têm o *dever* de investigar e punir as violações de direitos humanos como uma medida de reparação. No *Caso Barrios Alto*, a Corte Interamericana enfrentou pela primeira vez a questão das leis de autoanistia como um obstáculo àquele dever de investigar e punir, oportunidade em que afirmou serem inadmissíveis “(...) as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos” (Mérito, § 41)⁶³.

Sobre as leis de autoanistia, a Corte IDH ainda ressaltou que elas conduzem à vulnerabilidade das vítimas e à perpetuação da impunidade, pois impedem a identificação dos indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos, obstaculizando a investigação e o acesso à justiça das vítimas e seus familiares, que têm o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente (Mérito, § 43). Por essas razões, a Corte Interamericana considera as leis de autoanistia incompatíveis com a CADH, entendendo que elas “(...) carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos (...), nem para a identificação e punição dos responsáveis (...)” (Mérito, § 44). Sobre a questão, vejamos ainda o seguinte trecho do voto do juiz Cançado Trindade no julgamento do *Caso Barrios Alto*:

“(...) as leis de autoanistia, além de serem manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana e desprovidas, em consequência, de efeitos jurídicos, *não têm validade jurídica alguma* à luz da normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos. São, ao contrário, a fonte (...) de um ato ilícito internacional: a partir de sua própria adoção (*tempus commissi delicti*), e independentemente de sua aplicação posterior, comprometem a responsabilidade internacional do Estado. Sua vigência cria, *per se*, uma situação que afeta de forma continuada direitos inderrogáveis, que pertencem, como já indiquei, ao domínio do *jus cogens*” (§ 11).

⁶³ Sobre o dever de investigar e punir, detalhando a evolução cronológica do entendimento da Corte IDH, ver: LIMA, Raquel da Cruz. *O Direito Penal dos Direitos Humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2018. Ainda sobre o tema, ver: FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As Obrigações Processuais Penais Positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

12.2.2. O *obiter dictum* sobre a inconvenção da prescrição quando se tratar de crimes que implicam em graves violações de direitos humanos. Conforme vimos no tópico anterior, a Corte IDH, no § 41 da sua decisão de mérito, não considerou apenas as leis de autoanistia incompatíveis com a CADH, avançando também para afirmar, em *obiter dictum* – pois tal argumento era desnecessário para resolver o *Caso Barrios Altos* –, que as disposições sobre prescrição não podem impedir a investigação e a punição de autores de crimes que implicam em graves violações de direitos humanos. Veremos mais à frente, nos comentários ao *Caso Bulacio vs. Argentina*, que a Corte IDH reiterou esse entendimento, deslocando o argumento, porém, de um mero *obiter dictum* para a *ratio decidendi* do julgamento.

13. Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingi vs. Nicarágua

Sentença de 01.02.2000	Exceções preliminares
Sentença de 31.08.2001	Mérito, reparações e custas

13.1. Resumo do caso

Em junho de 1995, o Estado da Nicarágua emitiu uma disposição administrativa reconhecendo um convênio firmado entre a empresa Companhia Sol del Caribe S.A. (SOLCARSA) e o Governo Regional, para que fosse permitida a atividade de exploração de madeira em terras que supostamente pertenceriam à comunidade indígena da Costa Atlântica da Nicarágua, popularmente conhecida como Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Após o reconhecimento do convênio pela Nicarágua, a comunidade Awas Tingni enviou uma carta para o Ministério do Meio Ambiente e Recursos Naturais do país demonstrando sua inconformidade com a outorga de uma concessão em suas terras, sob o argumento de que os membros de sua comunidade sequer foram consultados previamente sobre o tema. O caso chegou até a CIDH, onde tramitou até maio de 1998. Como não houve eficácia na resolução do entrave, a CIDH levou o caso à Corte Interamericana. Diversas instituições que militam na área dos direitos humanos se habilitaram como *amicus curiae* na demanda.

Após o processamento do caso, a Corte IDH declarou a responsabilidade da Nicarágua por violar o direito à proteção judicial (CADH, art. 25), bem como o direito à propriedade (CADH, art. 21) dos membros da Comunidade Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Primeiramente, a Corte IDH determinou ao Estado da Nicarágua que implementasse medidas legislativas e administrativas eficazes no processo de delimitação, demarcação e titulação das terras indígenas. Nessa mesma linha, a Corte Interamericana ordenou que fossem realizadas todas as medidas necessárias para que as terras pertencentes aos membros da comunidade indígena Awas Tingni fossem demarcadas, não podendo ocorrer qualquer intervenção prevista pelo regime de concessão – seja tal intervenção feita por agente estatal ou por particulares – até que o processo de demarcação de terras fosse finalizado. Reconheceu-se, assim, a propriedade comunal das terras da comunidade indígena. Por fim, a Corte IDH condenou o Estado da Nicarágua a realizar investimentos em obras ou serviços de interesse coletivo que pudessem levar benefícios

para os Awas Tingni como forma de reparação pelo dano imaterial causado aos membros da população tradicional envolvida.

13.2. Pontos importantes

13.2.1. Primeiro caso julgado pela Corte IDH envolvendo a relação entre as comunidades tradicionais e a propriedade de suas terras. O julgamento do *Caso Awas Tingni* é paradigmático por ser o caso pioneiro envolvendo a temática do direito à propriedade de terras por comunidades tradicionais no âmbito da Corte IDH⁶⁴. Atualmente, passada mais de uma década do julgamento do caso pela Corte Interamericana, a temática é uma das mais recorrentes na jurisprudência do tribunal, que, a partir do *Caso Awas Tingni*, vem reconhecendo cada vez mais direitos das comunidades tradicionais, como a proteção dos usos e costumes, as formas de manifestação cultural em suas peculiaridades, o direito à consulta prévia às comunidades tradicionais envolvidas em determinado fato que lhes possa causar um gravame, entre outros⁶⁵.

13.2.2. Ampliação do conceito de propriedade previsto no art. 21 da CADH: a proteção da propriedade comunal dos povos indígenas. O ponto chave do *Caso Awas Tingni vs. Nicarágua* é, sem sombra de dúvida, o reconhecimento da propriedade comunal dos povos indígenas. A Corte IDH, ao analisar o direito de propriedade previsto no art. 21 da CADH, conferiu interpretação evolutiva ao dispositivo, reconhecendo que, além do direito à propriedade privada, o texto da Convenção também abrange a proteção da propriedade comunal dos povos indígenas em suas peculiaridades. Nesse sentido, decidiu a Corte Interamericana que “Através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, levando em consideração as normas de interpretação aplicáveis e, conforme o artigo 29.b da Convenção – que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos –, esta Corte considera que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal, a qual também está reconhecida na Constituição Política da Nicarágua” (Mérito, reparações e custas, § 148).

13.2.3. Impossibilidade de se conferir interpretação nacionalista aos tratados internacionais de direitos humanos. Ainda neste julgamento, a Corte IDH assentou que “Os termos de um tratado internacional de direitos humanos têm sentido autônomo, de modo que não podem ser equiparados ao sentido que lhes é atribuído no direito interno. Ademais, estes tratados de direitos humanos são instrumentos vivos cuja interpretação tem que se adequar à evolução dos tempos e, em particular, às condições de vida atuais” (Mérito, reparações e custas, § 146). Ao adotar esse entendimento, a Corte Interamericana

⁶⁴ Vale lembrar que, segundo a Constituição Federal de 1988, as comunidades indígenas detêm apenas a *posse* de suas terras; a *propriedade* delas é da União. As comunidades quilombolas, por sua vez, detêm a propriedade. Para aprofundar o tema, ver comentários do *Caso Comunidades Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica vs. Colômbia*.

⁶⁵ É ainda o segundo caso envolvendo a temática das comunidades tradicionais na Corte IDH. O primeiro caso sobre o tema na jurisdição contenciosa do tribunal interamericano foi o *Caso Aloboetoe vs. Suriname*.

rechaçou a hipótese de os Estados conferirem uma *interpretação nacionalista* dos tratados internacionais de direitos humanos, sob pena de se criar uma interpretação da CADH para cada Estado-parte. Além disso, o fenômeno daria ensejo a uma demanda infinita de ações na Corte IDH, já que cada Estado submetido à jurisdição da Corte poderia alegar o cumprimento de determinado tratado internacional sob a sua ótica peculiar.

13.3. Conexões com o Direito brasileiro

13.3.1. Diálogo das Cortes entre o STF (Caso Raposa Serra do Sol) e o Caso Awas Tingni. Interessante hipótese de *diálogo das cortes* foi realizada pelo STF na Pet 3.388 (Caso Raposa Serra do Sol). O min. Menezes Direito, percursor da polêmica *teoria do fato indígena* e das famosas “condicionantes” que norteiam a controvérsia do caso, fez menção ao Caso Awas Tingni em seu voto-vista⁶⁶. Nesse sentido, lembramos ao leitor que, ao julgar os embargos de declaração do acórdão envolvendo o Caso Raposa Serra do Sol, o STF entendeu no sentido de que as condicionantes que haviam sido estipuladas não possuem caráter vinculante e devem ser observadas de forma diretiva no julgamento de outros feitos envolvendo a temática da demarcação de terras indígenas.

13.3.2. Aplicação dos benefícios e privilégios de Fazenda Pública às comunidades indígenas quando postulam em juízo. O STJ possui um precedente muito interessante sobre a possibilidade de se estender às comunidades indígenas, quando postulam em juízo, os benefícios conferidos à Fazenda Pública, como o prazo em dobro (AgRg no AgRg no REsp 990.085, rel. min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 19.02.2008).

14. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago

Sentença de 01.09.2001	<i>Exceções preliminares</i>
Sentença de 21.06.2002	<i>Mérito, reparações e custas</i>

14.1. Resumo do caso

Hilaire, Constantine, Benjamin e outras trinta pessoas foram processadas e condenadas, em Trinidad e Tobago, como autoras do crime de homicídio intencional (doloso), a elas tendo sido imposta, consequentemente, de acordo com a *Lei dos Delitos contra a Pessoa*, a pena de morte, cuja execução se daria através da forca. A *Lei dos Delitos contra a Pessoa* estabelecia a pena de morte como única sanção aplicável ao autor de ho-

⁶⁶ “Veja-se recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Awas Tingni que aplicou sanções à Nicarágua por entender que houve violação do direito de propriedade dos indígenas sobre suas terras bem como ao seu bem-estar e integridade cultural. Isso revela que a comunidade internacional não medirá esforços para tentar aplicar aos Estados-Membros suas posições quanto a esses direitos. Pouco importa que no caso brasileiro a propriedade das terras indígenas seja da União (art. 21, XI, CR/88). E assim é porque, segundo a decisão, o art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Direito à Propriedade Privada, que garante a ‘toda pessoa o uso e gozo de seus bens’), que pode ser subordinado pela lei ao interesse social, deve ser interpretado como abrangente dos direitos dos índios a suas terras, na forma de sua ocupação tradicional e seu enfoque coletivo” (STF, Pet 3.388, voto do min. Menezes Direito, Plenário, j. 19.03.2009).

micídio doloso. Das 32 pessoas peticionárias deste caso, trinta se encontravam detidas nas prisões de Trinidad e Tobago à espera de sua execução na forca. As únicas exceções são Joey Ramiah, que foi executado, e Wayne Matthews, cuja pena foi comutada.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que a aplicação de pena de morte obrigatória para o crime de homicídio doloso, sem qualquer juízo de valor sobre o caso concreto, constitui uma privação arbitrária da vida, violando, assim, o art. 4º da CADH. A Corte IDH considerou, ainda, que o fato de as vítimas terem sido colocadas em situação de constante ameaça, no denominado *corredor da morte*, consistiu em tratamento desumano, cruel e degradante, em violação, portanto, do direito à integridade pessoal das vítimas (CADH, art. 5º). A Corte IDH também decidiu que Trinidad e Tobago violou o dever de adotar as disposições de direito interno (CADH, art. 2º), o direito ao prazo razoável (CADH, art. 8.1), o direito a um recurso efetivo (CADH, arts. 8º e 25) e o direito de todo condenado à morte solicitar anistia, indulto ou comutação de pena (CADH, art. 4.6). Finalmente, a Corte IDH determinou que o Estado demandado se absteresse de aplicar a *Lei dos Delitos contra a Pessoa* e, dentro de um prazo razoável, que a modificasse para adequá-la às normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

14.2. Pontos importantes

14.2.1. A pena de morte e o direito internacional dos direitos humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos reprime a pena de morte, não a prevendo sequer para os crimes mais *bárbaros* previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), cuja pena máxima é a de prisão perpétua (art. 77.1.b). No plano universal, o art. 6.2 do PIDCP estabelece que “Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves (...)”. E o seu Segundo Protocolo Facultativo avança para dizer que “Nenhum indivíduo sujeito à jurisdição de um Estado-Parte no presente Protocolo será executado” (art. 1.1) e que “Os Estados-Partes devem tomar as medidas adequadas para abolir a pena de morte no âmbito da sua jurisdição” (art. 1.2). Referido Protocolo Facultativo não admite reservas, exceto a formulada “(...) no momento da ratificação ou adesão que preveja a aplicação da pena de morte em tempo de guerra em virtude de condenação por infração penal de natureza militar de gravidade extrema cometida em tempo de guerra” (art. 2.1). Igual preocupação legislativa é encontrada no plano regional americano, em que o art. 4.1 da CADH estabelece que “Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves (...)”, e o seu Protocolo Adicional, da mesma forma que o correspondente normativo universal, prevê que “Os Estados-Partes neste Protocolo não aplicarão em seu território a pena de morte a nenhuma pessoa submetida à sua jurisdição”, estabelecendo, ainda, idêntico sistema de reservas. Em resumo, podemos afirmar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como objetivo a abolição universal da pena de morte⁶⁷.

14.2.2. Fases da regulação jurídica internacional da pena de morte. Conforme registra

⁶⁷ Sobre o tema, recomendamos esta excelente coletânea, com artigos de renomados juristas de vários países: AUNIÓN, Antonio Muñoz (coord.). *Por la abolición universal de la pena de muerte*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

André de Carvalho Ramos, há três fases da regulação jurídica internacional da pena de morte: “A primeira fase é a da convivência tutelada, na qual a pena de morte era tolerada, porém com estrito regramento. (...) A segunda fase da pena de morte é a do banimento com exceções. (...) A terceira – tão esperada – fase do regramento jurídico da pena de morte no plano internacional é a do banimento em qualquer circunstância”⁶⁸. Podemos dizer que o Brasil se encontra, atualmente, na *segunda fase* da regulação jurídica internacional da pena de morte, e isso porque, embora tenha aderido ao *bloco normativo internacional* de repressão à pena de morte (PIDCP e seu Segundo Protocolo Facultativo; CADH e seu Protocolo Adicional), reservou-se no direito de aplicar a pena capital no caso de guerra declarada, nos termos do art. 5º, XLVII, *a*, da CF.

Fases da regulação jurídica internacional da pena de morte	
Primeira fase	A pena de morte era tolerada, porém com estrito regramento.
Segunda fase	Proíbe-se a pena de morte, mas se admitem algumas exceções. O Brasil se encontra nesta <i>segunda fase</i> .
Terceira fase	Banimento total da pena de morte.

14.2.3. A pena de morte obrigatória como privação arbitrária da vida. Cançado Trindade ressaltou em seu voto no *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros* que esta foi “(...) a primeira vez que um tribunal internacional determina que a pena de morte ‘obrigatória’ é violadora de um tratado de direitos humanos como a Convenção Americana, que o direito à vida é violado pela aplicação da pena de morte de modo genérico e automático, sem individualização e sem as garantias do devido processo legal (...)” (Mérito, reparações e custas, § 1º). A Corte IDH não censurou Trinidad e Tobago simplesmente por este país ainda conservar a pena de morte em seu ordenamento jurídico e por impô-la aos petiçãoários deste caso. O que a Corte IDH fez foi ressaltar que a pena de morte não pode ser uma *pena obrigatória*, ou seja, a única pena cominada para um crime. E assim, analisando a *Lei dos Delitos contra a Pessoa* de Trinidad e Tobago, a Corte afirmou que “(...) a referida lei impede o juiz de considerar circunstâncias básicas na determinação do grau de culpabilidade e na individualização da pena, pois se limita a impor, de modo indiscriminado, a mesma sanção para condutas que podem ser muito diferentes entre si, o que, à luz do artigo 4º da Convenção Americana, é extremamente grave quando se encontra em risco o bem jurídico maior, que é a vida humana (...)” (Mérito, reparações e custas, § 103)⁶⁹.

14.2.4. Definição de “delitos mais graves” para que se admite a aplicação da pena de morte. O art. 4.2 da CADH estabelece que “Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves (...)”. O que se deve entender por *delitos mais graves* para que se admita a aplicação da pena de morte nos países

⁶⁸ RAMOS, André de Carvalho. In: PETERKE, Sven (coord.). *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Brasília: ESMPU/DF, 2010. p. 248-250.

⁶⁹ O Comitê de Direitos Humanos da ONU também já censurou o país pela aplicação de pena de morte obrigatória no *Caso Kennedy vs. Trinidad e Tobago*, em 2000.

que não a houverem abolido? No julgamento do *Caso Hilaire*, a Corte IDH afirmou que uma das formas de privação arbitrária da vida consiste na aplicação da pena de morte para castigar crimes que não apresentem as características da *máxima gravidade* (Mérito, reparações e custas, § 106). Estamos de acordo com García Ramírez no sentido de que a Corte IDH poderia ter avançado mais *explicitamente* no julgamento do *Caso Hilaire* para estabelecer os pressupostos de aplicabilidade da pena de morte dentro do espaço permitido pelo art. 4.2 da CADH, o que implicaria examinar princípios como idoneidade, proporcionalidade, necessidade etc.⁷⁰.

No âmbito da proteção global, o Comitê de Direitos Humanos da ONU tem afirmado que a expressão “delitos mais graves” deve ser interpretada de forma restritiva (Observação Geral nº 6, 1982, § 7º), ressaltando, ainda, que os crimes que não impliquem em perda de vidas humanas não podem ser castigados com a pena de morte (Observações Finais sobre o Irã, 1993, § 8º).

A nosso ver, a definição de “delitos mais graves” pressupõe um requisito objetivo e um requisito subjetivo: o requisito objetivo consiste em que o crime deve necessariamente provocar morte de ser humano, o que desde já afasta a aplicação da pena de morte para crimes contra a dignidade sexual, para o crime de tráfico de drogas etc.; e o requisito subjetivo deve existir para evitar a pena de morte obrigatória unicamente porque o crime implicou em perda de vida humana, agindo, então, na *individualização* da conduta e no estabelecimento de *níveis de gravidade* para que se possa admitir a aplicação da pena capital, a qual, por exemplo, não terá espaço num homicídio simples, mas eventualmente poderá ter pertinência num homicídio qualificado. Nesse sentido, a lição de García Ramírez em seu voto no julgamento do *Caso Hilaire*:

“(…) Isto sugere explorar se é possível que alguns casos de homicídio são mais graves que outros, não em função do resultado da conduta conforme o tipo penal – que é o mesmo em todos os casos: a privação da vida –, mas em virtude de que aquela conduta se revista de determinadas características ou se dirija a pessoas com certa condição específica. Trata-se, em resumo, de estabelecer uma gradação na gravidade dos fatos que possam parecer, num primeiro momento, idênticos” (§ 9º).

14.2.5. O “corredor da morte” como violação do direito à integridade pessoal. A Corte IDH, tal como o TEDH (*Caso Soering vs. Reino Unido*), considerou o *corredor da morte* como um tratamento cruel, desumano e degradante, pois os detidos nas prisões de Trinidad e Tobago ficavam sob uma constante ameaça de que a qualquer momento poderiam ser levados à força (§ 168).

14.2.6. O direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena. Estabelece a CADH que “Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena

⁷⁰ RAMÍREZ, Sergio García. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte. In: AUNIÓN, Antonio Muñoz (coord.). *Por la abolición universal de la pena de muerte*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 245.

de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente” (art. 4.6). Para a Corte IDH, esse preceito convencional impõe aos Estados um dever de adotar as providências para que no ordenamento jurídico interno o direito de solicitar anistia, indulto ou comutação da pena possa ser exercido de maneira efetiva, devendo assegurar, portanto, a existência de um procedimento para veicular aquela pretensão (Mérito, reparações e custas, § 188).

15. Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru

Sentença de 28.02.2003

Mérito, reparações e custas

15.1. Resumo do caso

No dia 4 de dezembro de 2001, a CIDH denunciou o Estado do Peru à Corte Interamericana de Direitos Humanos devido a modificações de pensões em que os senhores Carlos Torres Benvenuto, Reymert Bartra Vasquez, Maximiliano Gamarra Ferreyra, Javier Mujica Ruiz-Huidobro e Guillermo Alvarez Hernández vinham desfrutando conforme a legislação peruana até o ano de 1992. Todos os pensionistas eram funcionários da SBS, instituição pública com personalidade jurídica de direito público, dotada de autonomia funcional, econômica e administrativa. Diante da fracassada tentativa de solucionar a demanda, a CIDH submeteu a controvérsia à Corte IDH.

No dia 28 de fevereiro de 2003, a Corte reconheceu a arbitrariedade do Estado peruano em reduzir as pensões das cinco vítimas, o que acabou por caracterizar a violação do art. 21 da CADH. Além disso, a Corte IDH também declarou o Peru responsável por violar o art. 25 da CADH (direito à proteção judicial).

15.2. Pontos importantes

15.2.1. Primeiro caso julgado pela Corte IDH envolvendo a matéria de direito previdenciário. No *Caso Cinco Pensionistas vs. Peru*, a Corte IDH firmou sua competência para julgar demandas que envolvem direitos sociais. Trata-se de um caso paradigmático, afinal, trata-se do primeiro precedente envolvendo direitos previdenciários na jurisdição contenciosa da Corte. Atualmente, a judicialização dos direitos sociais já é um fenômeno consolidado na jurisdição da Corte, que já analisou outros casos envolvendo a matéria previdenciária, como, por exemplo, o *Caso Acevedo Buendia e outros vs. Peru*.

15.2.2. Reconhecimento da existência do princípio *iura novit curia* e sua utilização como instrumento de delimitação cognitiva pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No precedente em estudo, a Corte Interamericana reconheceu a existência do clássico princípio do *iura novit curia* (o juiz conhece o direito). Dessa forma, o tribunal reconheceu que “tem a faculdade de analisar a violação ou não de artigos da Convenção não incluídos nos escritos de demanda; petições, argumentos e provas, e contestação da demanda, com base no princípio *iura novit curia*, solidamente respaldado na jurisprudência internacional, e do qual se valeu reiteradamente a jurisprudência internacional [entendendo-o] no sentido de que o julgador possui a faculdade e inclusive o dever de aplicar as disposições jurídicas pertinentes em uma causa,

ainda quando as partes não as invoquem expressamente" (Mérito, reparações e custas, § 156). Assim, com base no princípio do *iura novit curia*, a Corte IDH não fica atrelada apenas à análise dos artigos da CADH ou de outro tratado internacional de direitos humanos mencionado pelas partes, mas de todo o bloco de convencionalidade aplicável ao caso concreto. Portanto, concluímos que a jurisprudência da Corte IDH *relativiza* o princípio da congruência, uma vez que, a partir de uma interpretação *pro persona*, não fica limitada aos dispositivos convencionais mencionados pelas partes para decidir o caso concreto.

15.2.3. Dimensão coletiva dos direitos sociais, econômicos e culturais. Conforme afirmamos anteriormente, o *Caso Cinco Pensionistas* simboliza uma afirmação dos direitos sociais, econômicos e culturais na jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sobre a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, o art. 26 da CADH revela que *"Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados"*. Ao analisar a densidade normativa deste preceito convencional, a Corte IDH reconheceu que *"Os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual como coletiva. Seu desenvolvimento progressivo, sobre o qual já se pronunciou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, se deve medir, no critério deste Tribunal, em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à previdência social e à aposentadoria em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social, e não em função das circunstâncias de um grupo muito limitado de aposentados não necessariamente representativos da situação geral prevalecente"* (Mérito, reparações e custas, § 147). Por reconhecer a dimensão coletiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, a Corte Interamericana refutou o argumento suscitado pelo Estado peruano no sentido de que os direitos sociais, econômicos e culturais não precisariam ser respeitados no mesmo grau de respeitabilidade dos direitos civis e políticos, sob o argumento de que estes seriam de implementação imediata enquanto aqueles seriam de implementação progressiva.

15.2.4. Fixação de parâmetros para a convencionalidade do ato estatal que visa suprimir ou reduzir o benefício previdenciário de determinado segurado. Ainda no julgamento do *Caso Cinco Pensionistas*, a Corte Interamericana estabeleceu dois parâmetros para que um ato emanado do Estado que vise reduzir um benefício previdenciário de determinado segurado possa ser tido como convencional, sendo eles: a) realizar um procedimento administrativo com pleno respeito às garantias adequadas; e b) respeitar, em todo caso, as determinações que adotarem os tribunais de justiça em sobreposição às decisões da administração (Mérito, reparações e custas, § 117). Ao analisar a situação das cinco vítimas, a Corte Interamericana concluiu que, *"No presente caso, não se cumpriu nenhuma das duas condições antes mencionadas. A administração mudou, sem esgotar um procedimento adequado, os termos de sua interpretação das normas que regulamentavam a pensão das cinco supostas vítimas e, posteriormente, desconheceu as decisões judiciais às que se fez referência"* (Mérito, reparações e custas, § 118).

15.3. Conexões com o Direito brasileiro

15.3.1. Convencionalidade da interpretação do Superior Tribunal de Justiça acerca do cancelamento ou suspensão de benefício previdenciário concedido judicialmente. Ao analisar a necessidade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o STJ vem exigindo a observância de tais garantias nos atos do Estado que busquem reduzir ou suprimir determinado benefício previdenciário. Tal entendimento mostra-se alinhado com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos firmada no *Caso Cinco Pensionistas vs. Peru* (entre outros, ver: REsp 1.429.976, rel. Min. Humberto Martins, j. 18/02/2014).

15.3.2. Necessidade do prévio requerimento administrativo para ajuizamento de ação postulando a concessão de benefício previdenciário. Recentemente, o STF consolidou no ordenamento jurídico brasileiro mais uma hipótese de “jurisdição condicionada”, ou seja, mais um caso no qual é necessário o prévio requerimento administrativo para que se possa litigar no âmbito do Poder Judiciário. Assim, segundo o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, exige-se, em regra, o prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário no INSS para que seja possível o ajuizamento de ação judicial visando o referido benefício. Nesta linha, o Supremo também decidiu pela desnecessidade do esgotamento da via administrativa (o segurado não precisa interpor recurso administrativo contra a negativa do pedido). No entanto, o Supremo Tribunal Federal excepcionou a regra do prévio requerimento administrativo no INSS para a propositura da ação judicial visando a concessão de benefício previdenciário em algumas situações, como, por exemplo, no caso em que o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do administrado, ou nos casos de revisão de benefício previdenciário já concedido, ressalvadas as situações em que o pedido envolver apreciação de matéria de fato (RE 631.240, rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, j. 03/09/2014).

16. Caso Bulacio vs. Argentina

Sentença de 18.09.2003

Mérito, reparações e custas

16.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia formulada pela CIDH, por meio da qual alega que, em abril de 1991, a Polícia Federal da Argentina realizou uma detenção em massa, de mais de oitenta pessoas, nas imediações de um local onde aconteceria um show de rock, na cidade de Buenos Aires. Dentre os detidos se encontrava Walter David Bulacio, um jovem de dezessete anos de idade. Logo após a prisão, Bulacio foi conduzido à “sala de menores” de um departamento policial, onde foi agredido por agentes policiais. A autoridade judicial de menores não foi notificada sobre a prisão, e tampouco os familiares de Bulacio, que, após ter passado por alguns hospitais, morreu em virtude dos golpes na cabeça que recebeu dos policiais. Depois de mais de dez anos da data dos fatos, em 2002, entre idas e vindas do processo, a Câmara de Apelações da Argentina decidiu que a pretensão punitiva estaria prescrita. Essa decisão foi impugnada pelo Ministério Público e até a data da sentença da Corte Interamericana não havia comunicado algum sobre o seu julgamento.

Durante o processamento do caso na Corte IDH, o Estado reconheceu sua responsabilidade internacional sobre o mérito e também sobre alguns aspectos das medidas de reparação, consenso este que foi homologado pela Corte, assentando que o Estado violou os direitos de Bulacio à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às medidas de proteção que deveria receber como criança, assim como, entre outros, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, todos protegidos pela CADH.

Finalmente, a Corte IDH determinou que o Estado deve concluir a investigação sobre o contexto fático deste caso e punir os responsáveis, assegurando aos familiares da vítima o pleno acesso e a capacidade de atuar em todas as etapas das investigações, cujos resultados devem ser publicamente divulgados. Entre outras medidas de reparação, sobretudo patrimoniais, a Corte IDH também determinou que o Estado garanta que não se repitam fatos como os do presente caso, devendo, para isso, adotar as medidas legislativas e de qualquer natureza que sejam necessárias para adequar o ordenamento jurídico interno às normas internacionais de direitos humanos.

16.2. Pontos importantes

16.2.1. Expedientes protelatórios utilizados pela defesa (abuso dos direitos processuais) e duração razoável do processo. A Corte IDH enfrentou um tema polêmico no julgamento do *Caso Bulacio*: quando a defesa utiliza expedientes protelatórios, abusando dos direitos ou faculdades processuais que lhe são conferidos, isso pode ser levado em conta para se apurar a observância da garantia da duração razoável do processo? O direito à tutela judicial exige, para a Corte IDH, que “(...) os juízes dirijam o processo de modo a evitar que dilações e entorpecimentos indevidos conduzam à impunidade, frustrando assim a devida proteção judicial dos direitos humanos” (Mérito, reparações e custas, § 115). O juiz García Ramírez, em seu voto no *Caso Bulacio*, ressaltou que o denominado *abuso dos direitos processuais* guarda conexão com os princípios da lealdade e da probidade que devem governar o desenvolvimento do processo (§ 26)⁷¹. No entanto, há quem divirja da Corte IDH, como é o caso do jurista argentino Daniel Pastor, para quem o Direito não pode colocar o acusado numa situação em que precise optar “entre exercer todos seus direitos defensivos, inclusive sem razão, e perder seu direito a ser julgado rapidamente, ou preservar este último sacrificando aqueles”⁷².

16.2.2. Imprescritibilidade dos crimes que resultam em graves violações de direitos humanos e o “neopunitivismo”. A Corte IDH enfrentou no julgamento do *Caso Bulacio*

⁷¹ Sobre o tema, ver: FISCHER, Douglas. O princípio da ampla defesa e as condutas com intuito meramente protelatório no procedimento processual penal. *Revista dos Tribunais*, vol. 761, mar. 1999, p. 509-512; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha; BASTOS, Cleonice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 4, out.-dez. 1993, p. 110-125.

⁷² PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Argentina: Ad-Hoc, 2002. p. 467. Noutro trabalho, Pastor resalta que “O exercício de faculdades defensivas impostas pelo mais elementar respeito pelos direitos fundamentais do acusado não pode, de nenhuma maneira, repercutir numa sanção para ele. Do contrário, se estaria limitando indevidamente o direito de defesa em juízo” (PASTOR, Daniel. *Tensiones: ¿derechos fundamentales ó persecución penal sin límites?* Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 193).

um dos temas mais polêmicos da sua jurisprudência em matéria penal: a prescrição e os crimes que resultam em graves violações de direitos humanos⁷³. Se no *Caso Barrios Altos* a imprescritibilidade apareceu como *obiter dictum*, aqui ela assumiu o protagonismo de *ratio decidendi*, pois o obstáculo para punir o responsável pela morte de Bulacio não era uma lei de autoanistia, e sim a extinção da punibilidade provocada pelo reconhecimento da prescrição. Para a Corte Interamericana, “(...) nenhuma disposição de direito interno, entre elas a prescrição, poderia opor-se ao cumprimento das decisões da Corte quanto à investigação e sanção dos responsáveis pelas violações dos direitos humanos” (Mérito, reparações e custas, § 117). Em seu voto proferido no julgamento do *Caso Bulacio*, o juiz Cançado Trindade ainda reforçou que “Numa etapa de maior desenvolvimento da consciência humana, e por consequente do próprio Direito, resulta indubitável que a realização da justiça se sobrepõe a todo e qualquer obstáculo, inclusive os que decorrem do exercício abusivo das regras ou institutos do direito positivo, fazendo assim imprescritíveis os delitos contra os direitos humanos” (§ 38).

Pelo menos dois pontos nos preocupam neste entendimento adotado pela Corte IDH no julgamento do *Caso Bulacio*: a) ao reiterar o *obiter dictum* do *Caso Barrios Altos* sobre a imprescritibilidade, a Corte Interamericana não se preocupou em justificar ou superar a enorme distância de gravidade entre os contextos fáticos daquele precedente e do *Caso Bulacio*, ignorando que, enquanto no *Caso Barrios Altos* se analisava um massacre com morte de 15 pessoas, no *Caso Bulacio* se tinha a morte de um único jovem após a sua detenção pela polícia; e b) no *obiter dictum* praticado no *Caso Barrios Altos*, a Corte IDH fundamenta a imprescritibilidade para permitir a punição de autores de graves violações de direitos humanos (Mérito, § 41), ao passo que, no *Caso Barrios Altos*, a Corte simplesmente elimina – sem uma justificativa explícita – a expressão *graves*, afirmando, então, que a prescrição não pode ser um obstáculo para a punição de autores de violações de direitos humanos. A Corte IDH deixou uma pergunta com o julgamento do *Caso Bulacio*: todo crime que possa se considerar violador de direitos humanos deve, por isso, ser excluído do regime geral da prescrição?⁷⁴ Para Daniel Pastor, o entendimento da Corte IDH sobre a imprescritibilidade converge com a ideia de *neopunitivismo*, que inspira, no seu entender, o chamado “direito penal dos direitos humanos”⁷⁵. Para Pastor,

“Neste âmbito, organismos internacionais de proteção e organizações de ativistas consideram, de modo surpreendente pelo menos, que a reparação

⁷³ Para um aprofundamento sobre o tema, ver: LIMA, Raquel da Cruz. *O direito penal dos direitos humanos...*; PARENTI, Pablo F. La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010. p. 211-228; VERA, Oscar Parra. La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n. 1, nov. 2012, p. 5-51.

⁷⁴ Também apresentando esta pergunta: PARENTI, Pablo F. La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..., p. 217.

⁷⁵ Sobre o tema, ver: PASTOR, Daniel R.; GUZMÁN, Nicolás (coords.) *Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

da violação de direitos humanos se consegue primordialmente por meio do castigo penal e que isso é algo tão louvável e vantajoso que deve ser conseguido sem controles e ilimitadamente, especialmente com desprezo pelos direitos fundamentais que como acusado deveria ter quem enfrenta o poder penal público por cometer ditas violações. Se crê, deste modo, num poder penal absoluto”⁷⁶.

16.2.3. A questão da imprescritibilidade em julgamentos da Corte IDH posteriores ao Caso Bulacio. A Corte Interamericana se deparou novamente com a questão da imprescritibilidade em julgamentos posteriores ao *Caso Bulacio*, ocasiões em que *amadureceu* o seu entendimento e de certa forma o relativizou⁷⁷. No julgamento do *Caso Almonacid Arellano*, de 2006, a Corte IDH agrega à linha de argumentação do *Caso Barrios Altos* e do *Caso Bulacio* um argumento apoiado no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que a imprescritibilidade se justificaria porque o crime cometido contra o senhor Arellano (homicídio mediante execução extrajudicial por agentes estatais dentro de um padrão sistemático e generalizado de violência contra a população civil) consistiria em crime contra a humanidade. Certa ou errada a conclusão da Corte IDH a partir do caso concreto, pelo menos se viu uma argumentação condizente com a sua natureza de *tribunal internacional*. Em 2007, no julgamento do *Caso Albán Cornejo*, a Corte Interamericana restringe os limites da imprescritibilidade, praticamente *corrigindo* seu entendimento expressado no *Caso Bulacio*. No *Caso Albán Cornejo*, se discutia sobre a falta de investigação e punição dos responsáveis pela morte de Laura Albán num hospital privado por erro médico, sendo que os dois acusados haviam se beneficiado da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição. E assim se manifestou a Corte IDH no *Caso Albán Cornejo* sobre a questão da prescrição:

“A prescrição em matéria penal determina a extinção da pretensão punitiva pelo transcurso do tempo, e geralmente, limita o poder punitivo do Estado para perseguir a conduta ilícita e punir os seus autores. Esta é uma garantia que deve ser observada devidamente pelo julgador para todo acusado de um delito. Sem prejuízo do anterior, a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quando se trata de muito graves violações aos direitos humanos nos termos do Direito Internacional. A jurisprudência constante e uniforme da Corte assim tem assinalado. No presente caso não opera a exclusão da prescrição, porque não se satisfazem os requisitos de imprescritibilidade reconhecidos em instrumentos internacionais” (Mérito, reparações

⁷⁶ PASTOR, Daniel. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2017. Para uma outra visão acerca do tema, recomendamos a leitura do seguinte texto: FILLIPPINI, Leonardo. *El prestigio de los derechos humanos: respuesta a Daniel Pastor*. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/filippin.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

⁷⁷ Para chegar a sequência cronológica dos precedentes da Corte IDH que apresentaremos, além de anotações e pesquisas próprias, consultamos os seguintes trabalhos: LIMA, Raquel da Cruz. *O direito penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, p. 112 e ss.; e PARENTI, Pablo F. *La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, p. 220 e ss.

e custas, § 111)⁷⁸.

Temos no *Caso Albán Cornejo*, portanto, o entendimento da Corte IDH de *condicionar* a imprescritibilidade à circunstância de o crime implicar em *graves* violações de direitos humanos. Esta jurisprudência da Corte Interamericana foi mantida posteriormente noutros precedentes, a exemplo do julgamento do *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia* em 2010 (situação envolvendo tortura e assassinato em contexto de violações sistemáticas de direitos humanos), e do julgamento do *Caso Vera Vera e outra vs. Equador* em 2011 (situação envolvendo morte de um *criminoso* que fugia de um grupo que pretendia linchá-lo), ocasião em que a Corte sintetizou seu entendimento: “(...) a improcedência da prescrição usualmente tem sido declarada pelas peculiaridades nos casos que envolvem graves violações a direitos humanos, tais como o desaparecimento forçado, a execução extrajudicial e a tortura. Em alguns destes casos, as violações de direitos humanos ocorreram em contextos de violações massivas e sistemáticas” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 117). Consta da decisão da Corte IDH no *Caso Vera Vera*, ainda, a seguinte manifestação a respeito da *gravidade* necessária para que um crime seja considerado imprescritível segundo o DIDHs:

“(...) toda violação aos direitos humanos supõe uma certa gravidade por sua própria natureza, porque implica o descumprimento de determinados deveres de respeito e garantia dos direitos e liberdades a cargo do Estado a favor das pessoas. Porém, isso não deve se confundir com o que o Tribunal ao longo da sua jurisprudência tem considerado ‘violações graves aos direitos humanos’, as quais (...) têm uma conotação e consequências próprias. Aceitar o assinalado pela Comissão, no sentido de que por suas características, o presente caso reveste uma gravidade pela qual não seria procedente a prescrição, implicaria que em todo caso submetido à Corte, por tratar-se de violações de direitos humanos que, em si mesmas, implicam gravidade, não procederia aquele instituto processual. Isso não se ajusta aos critérios precisados por este Tribunal a respeito da improcedência da prescrição” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 118).

A imprescritibilidade de crimes na jurisprudência da Corte IDH

Caso Barrios Altos vs. Peru (2001)	A Corte IDH se referiu à imprescritibilidade de crimes que impliquem em graves violações de direitos humanos como <i>obiter dictum</i> .
Caso Bulacio vs. Argentina (2003)	A Corte IDH amplia a possibilidade da imprescritibilidade, compreendendo-a, agora, como <i>ratio decidendi</i> , afirmando a sua aplicação no caso de autor de violações de direitos humanos, sem inserir o qualificativo <i>graves</i> .
Caso Almonacid Arellano (2006)	A Corte IDH agrega à linha de argumentação do <i>Caso Barrios Altos</i> e do <i>Caso Bulacio</i> um argumento apoiado no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que a imprescritibilidade decorreria da prática de crime contra a humanidade.

⁷⁸ Este entendimento foi reiterado na decisão de interpretação da sentença, de 05.08.2008.

Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador (2007)	A Corte IDH corrige e restringe seu entendimento expressado no <i>Caso Bulacio</i> , afirmando que o crime somente será imprescritível quando implicar em <i>graves</i> violações de direitos humanos.
Caso Ibsen Peña vs. Bolívia (2010)	A Corte IDH reitera o entendimento adotado no <i>Caso Albán</i> .
Caso Vera Vera e outra vs. Equador (2011)	A Corte IDH reitera o entendimento adotado no <i>Caso Albán</i> , acrescentando que não é qualquer gravidade que justifica o afastamento da prescrição.

16.2.4. Considerações sobre os requisitos exigidos para a decretação da prisão ou internação preventiva de adolescentes. O *Caso Bulacio* se tornou um precedente importante sobre parâmetros internacionais de compatibilização da justiça penal juvenil com a proteção dos direitos humanos, em especial no que diz respeito à decretação da prisão ou internação preventiva de adolescentes⁷⁹. Dentre os pontos decididos pela Corte IDH, que ressaltou a incidência do *princípio do interesse superior da criança*, destacamos os seguintes: a) tratando-se de prisão de menores de idade, o Estado tem o dever de *mitigar o impacto* da detenção na medida do possível (Mérito, reparações e custas, § 128); b) o direito de estabelecer contato com um familiar tem especial importância quando se trata de menores de idade, caso em que as autoridades estatais devem não apenas notificar o adolescente sobre esse direito, mas também adotar as providências para que efetivamente se viabilize aquele contato (Mérito, reparações e custas, § 130); c) para que se resguarde o direito à integridade pessoal dos adolescentes privados de liberdade, eles devem ficar separados dos presos adultos (Mérito, reparações e custas, § 136); e d) as denominadas *razzias*, detenções coletivas para averiguações de identidade e por suspeita de contravenções, são incompatíveis com os direitos humanos à presunção de inocência, à exigência de ordem judicial para deter – salvo hipótese de flagrância – e à obrigação de notificar os encarregados dos menores de idade (Mérito, reparações e custas, § 137).

16.3. Conexões com o Direito brasileiro

16.3.1. Abuso do direito de recorrer e certificação do trânsito em julgado. Uma conexão

⁷⁹ Sobre o tema, ver: RAMÍREZ, Sergio García. *Derechos humanos para os menores de edad: perspectiva de la jurisdicción interamericana*. Médico: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010; RIVAS, Juana María Ibáñez. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 1, ene.-jun. 1985, p. 13-54; *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Documento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatoria sobre os Direitos das Crianças, 2011; *Procedimientos policiales y derechos del niño*. Documento da UNICEF, Chile, 2012; RAMÍREZ, Sergio García. *Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional*. Disponível em: <http://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/3-Sergio%20Garcia%20Ramirez.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2016; CONTRÓ, Mónica González. Trascendencia de los criterios y la jurisprudencia interamericana sobre los derechos humanos en el área de adolescentes en conflicto con la ley penal. In: RAMÍREZ, Sergio García; MARISCAL, Olga Islas de; FERRUSCA, Peláez Mercedes (coords.). *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*. México, 2014. p. 437-452.

interessante do *Caso Bulacio* com o Direito brasileiro diz respeito ao entendimento adotado pelo STF a partir do julgamento do *Caso Donadon*, em que, considerando protelatória a segunda interposição de embargos de declaração, o Supremo decidiu por reconhecer o trânsito em julgado e determinar a imediata execução da pena, independentemente de publicação do acórdão (AP 396 ED-ED, rel. min. Cármen Lúcia, Plenário, j. 26.06.2013).

17. Caso Chacina Plan de Sánchez vs. Guatemala

Sentença de 29.04.2004	<i>Mérito</i>
Sentença de 19.11.2004	<i>Reparações</i>

17.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a chacina de 268 pessoas, em sua maioria membros da comunidade indígena maia Plan de Sánchez, situada no município de Rabinal, na Guatemala, que foram executadas por membros do exército guatemalteco e colaboradores civis em julho de 1982. O caso chegou até a CIDH, que reconheceu a negação de justiça e a realização de atos de intimidação e discriminação praticados em prejuízo dos sobreviventes e das vítimas do Massacre Plan de Sánchez. Após fracassar na tentativa de elucidar a questão, a CIDH submeteu a demanda à Corte Interamericana.

Após o processamento do caso, a Corte IDH declarou a responsabilidade internacional do Estado pela violação do direito à vida das vítimas e da integridade pessoal dos familiares. Ainda sobre esse julgamento, o Estado da Guatemala reconheceu parte da sua responsabilidade internacional pela chacina de Plan de Sánchez e desistiu de todas as exceções preliminares que havia suscitado em sua contestação.

17.2. Pontos importantes

17.2.1. Tradução da sentença da Corte IDH para o dialeto indígena como forma simbólica de reparação. Na fase de medidas de reparação determinadas no julgamento deste caso, a Corte IDH consignou "(...) que o Estado da Guatemala deve traduzir a Convenção Americana de Direitos Humanos e a sentença do caso Chacina Plan de Sánchez vs. Guatemala para a linguagem indígena da comunidade afetada. Nessa mesma linha, o Estado da Guatemala deve providenciar a publicação da sentença na municipalidade em que os fatos ocorreram" (Reparações, § 102). Trata-se de medida muito louvável, já que busca aproximar a decisão do tribunal interamericano das verdadeiras vítimas da chacina Plan de Sánchez, quais sejam, os membros da comunidade tradicional. A medida foi aplaudida por ativistas e defensores dos direitos dos povos indígenas.

17.2.2. Falta de um processo e de uma investigação como causa para arbitramento de dano moral pela Corte IDH. No julgamento do *Caso Chacina Plan de Sánchez*, a Corte IDH observou que a falta de diligência na fase investigatória e na fase processual penal pode caracterizar dano moral, principalmente nos casos em que, deliberadamente, o Poder Judiciário e o Ministério Público não atuam com o intuito de solucionar o caso e encontrar a verdade processual. Nesses termos, advertiu a Corte IDH que "A falta de rigor na in-

investigação e processamento dos responsáveis, e as obstruções às vítimas sobreviventes deixam claro que o gabinete do Procurador-Geral e os tribunais não demonstraram qualquer desejo de esclarecer os factos relacionados com o massacre Plan de Sánchez, que ocorreu em 18 de julho de 1982 ou de julgar e punir todos os responsáveis e mandantes. Tampouco foram investigados os atos de violência e repressão a que foram submetidas as vítimas sobreviventes do massacre, que seguiram sendo objeto de práticas discriminatórias para acessar a justiça. A impunidade que impera neste caso mantém a presença dos fatos na memória coletiva e impede a reconstrução do tecido social” (Mérito, § 49,18).

17.2.3. Impossibilidade de o Estado recorrer a figuras como leis de anistia, prescrição ou excludentes de responsabilidade para não responsabilizar os autores da chacina. Ao analisar o direito à verdade como reparação simbólica, a Corte IDH ressaltou que “O Estado deve garantir os procedimentos internos para investigar, processar e punir os responsáveis pelos fatos. Segundo a jurisprudência da Corte, o Estado deve se abster de usar figuras como a anistia, prescrição e o estabelecimento de medidas destinadas a excluir responsabilidade, ou medidas destinadas a evitar um processo criminal ou suprimir os efeitos de uma condenação” (Mérito, § 99). Trata-se de medida polêmica, uma vez que visa desconsiderar excludentes de responsabilidade e até mesmo o instituto da prescrição no Direito interno⁸⁰.

17.2.4. Primeira vez em que a Corte IDH julgou um massacre com tal magnitude. No decorrer de seu voto, o juiz Cançado Trindade advertiu que o *Caso Chacina Plan de Sánchez* foi consequência de uma política genocida do Estado da Guatemala, registrando, ainda, que foi a primeira vez que a Corte IDH julgou um massacre com tal dimensão, embora atualmente já existam diversos precedentes da Corte IDH similares a este.

17.3. Conexões com o Direito brasileiro

17.3.1. Competência para julgar o crime de genocídio cometido contra comunidades indígenas. O STF possui posicionamento firmado no sentido de que, quando o crime de genocídio contra uma comunidade indígena é cometido por meio da prática de homicídios, há concurso formal entre o crime de genocídio e os homicídios praticados, devendo o caso ser julgado no Tribunal do Júri da Justiça Federal (RE 351.487, rel. min. Cezar Peluso, Plenário, j. 03.08.2006).

18. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica

Sentença de 02.07.2004

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

18.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia apresentada pela CIDH, por meio da qual alega ter o senhor Mauricio Herrera Ulloa sido vítima de violação do direito humano à li-

⁸⁰ Sobre a imprescritibilidade de crimes na jurisprudência da Corte Interamericana, remetemos o leitor para nossos comentários ao *Caso Bulacio*.

berdade de expressão em razão da sentença penal condenatória que recebeu por ter publicado no jornal “La Nación”, em 1995, diversos artigos que reproduziam parcialmente informações de alguns jornais europeus referentes a atividades ilícitas praticadas pelo diplomata Félix Przedborski, representante da Costa Rica na Organização Internacional de Energia Atômica na Áustria. Herrera Ulloa foi condenado, então, em 1999, por crime contra a honra daquele diplomata, tendo o seu nome sido inscrito no registro judicial de delinquentes. Na referida sentença condenatória, aplicou-se ao réu uma pena de multa, assim como se lhe ordenou que publicasse trecho da decisão no jornal “La Nación”, obrigando, ainda, tanto o senhor Herrera Ulloa quanto o citado jornal a pagarem uma indenização pelos danos morais e materiais causados à vítima. Constou também daquela sentença a obrigação de o jornal retirar qualquer informação sobre o caso em sua página na internet. Em 2001, o representante legal do jornal “La Nación” foi intimado a dar cumprimento às obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de incorrer no crime de desobediência à autoridade judicial. Os fatos deste caso alteraram a vida profissional, pessoal e familiar de Herrera Ulloa, assim como produziram um efeito inibidor no exercício da liberdade de expressão por meio de sua profissão.

Após o processamento do caso, a Corte IDH considerou que a exigência de que Herrera Ulloa comprovasse os fatos atribuídos ao diplomata pelos diversos jornais europeus se revelou uma restrição incompatível com o art. 13 da CADH, pois produziu um efeito dissuasório, atemorizador e inibidor sobre todos os que exercem a profissão de jornalista, o que, por sua vez, impediu o debate público sobre temas de interesse da sociedade. Por isso, a Corte concluiu que o Estado violou o direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no art. 13 da CADH, em relação ao seu art. 1.1 (obrigação de respeitar os direitos). Além disso, a Corte IDH assentou que o Estado violou o art. 8.2.h da CADH porque não assegurou ao senhor Herrera Ulloa e ao representante legal do jornal um recurso amplo que permitisse a revisão integral do julgamento. Na sequência, ressaltando que “(...) o direito a ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial é uma garantia fundamental do devido processo” (§ 171), a Corte Interamericana considerou violada a garantia da imparcialidade prevista no art. 8.1 da CADH, e isso porque os juízes integrantes da Terceira Sala da Corte Suprema de Justiça que julgaram o recurso contra a sentença absolutória, declarando a nulidade do provimento decisório na ocasião e remetendo os autos para o juízo competente a fim de que fosse proferida uma nova decisão, foram os mesmos juízes que julgaram o recurso interposto pela defesa técnica de Herrera Ulloa e do diretor do jornal “La Nación”, de modo que estavam, portanto, no entender da Corte, impedidos de julgar, pois já haviam se pronunciado sobre parte do mérito da causa. Finalmente, a Corte condenou o Estado demandado a adequar seu ordenamento jurídico interno aos termos da CADH e a pagar uma indenização por danos morais às vítimas.

18.2. Pontos importantes

18.2.1. “Ação de inconstitucionalidade” e esgotamento dos recursos internos. Estabelece o art. 46.a da CADH que, para que uma petição ou comunicação seja admitida pela CIDH, será necessário, entre outros requisitos, “que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos”. Temos aqui a concretização do princípio da subsidiariedade

da jurisdição internacional. Uma questão que surge aqui é a seguinte: o peticionário deve esgotar todos os recursos disponíveis no ordenamento jurídico interno ou somente aqueles capazes de reparar o dano que se alega?

A Corte IDH enfrentou esse tema no *Caso Herrera Ulloa*, pois o Estado alegou como exceção preliminar que os recursos internos não haviam sido esgotados, já que a vítima não se valeu da *ação de inconstitucionalidade*. Rejeitando a preliminar arguida pela Costa Rica, a Corte IDH afirmou que “(...) a ‘ação de inconstitucionalidade’ é de caráter extraordinário, e tem por objetivo o questionamento de uma norma e não a revisão de um julgamento. Desta maneira, aquela ação não pode ser considerada como um recurso interno que deva necessariamente ser sempre esgotada pelo peticionário” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 85)⁸¹. Assim, considerando que as *ações de inconstitucionalidade* promovem uma *abstrativização* da questão, se distanciando da *concretude* do problema que aflige a vítima, não se exige o seu esgotamento antes de submeter a demanda à CIDH.

18.2.2. Liberdade de expressão e sociedade democrática. Ressaltou a Corte IDH que exige uma coincidência nos diferentes sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e no universal quanto ao papel essencial que tem a liberdade de expressão na consolidação de uma sociedade democrática, advertindo que “Sem uma efetiva liberdade de expressão, materializada em todos os seus termos, a democracia se desvanece, o pluralismo e a tolerância começam a quebrar, os mecanismos de controle e denúncia cidadão começam a se tornar inoperantes e, definitivamente, se começa a criar o campo fértil para que sistemas autoritários se enraizem na sociedade” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 116).

18.2.3. Responsabilidade e função social dos meios de comunicação. Para a Corte IDH, os meios de comunicação têm uma função essencial como veículos para o exercício da dimensão social da liberdade de expressão numa sociedade democrática, razão pela qual “(...) é indispensável que recolham as mais diversas informações e opiniões”, agindo com responsabilidade e função social (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 117). E, assim, ressalta a Corte IDH que é fundamental “(...) que os jornalistas que trabalham nos meios de comunicação gozem da proteção e da independência necessárias para realizar plenamente suas funções, já que são eles quem mantém informada a sociedade, requisito indispensável para que esta goze de uma liberdade plena e para que o debate público se fortaleça” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 119).

18.2.4. As restrições permitidas ao direito à liberdade de pensamento e de expressão. Em firme e didática posição, ressaltou a Corte IDH que a liberdade de expressão não é um

⁸¹ Sobre o tema, ver: BOHÓRQUEZ, Ana Carolina Pérez. El agotamiento previo de la acción de inconstitucionalidad para acceder al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Verba Juris*, Bogotá, n. 30, jul.-dic. 2013, p. 74. No mesmo sentido, em primoroso estudo sobre os aspectos processuais do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, afirma Héctor Faúndez Ledesma que “(...) tampouco existe o dever de esgotar absolutamente todos os recursos jurisdicionais disponíveis, incluindo aqueles de natureza extraordinária que não sejam aptos para reparar o dano que se alega” (LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3. ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. p. 303).

direito absoluto, podendo ser objeto de restrições:

“(…) a Convenção Americana, em seu artigo 13.2, prevê a possibilidade de estabelecer restrições à liberdade de expressão, que se manifestam através da aplicação das responsabilidades posteriores pelo exercício abusivo deste direito, as quais não devem de modo algum limitar, além do estritamente necessário, o alcance pleno da liberdade de expressão e converter-se num mecanismo direto ou indireto de censura prévia. Para poder determinar responsabilidades posteriores, é necessário que se cumpram três requisitos, a saber: 1) devem estar expressamente fixadas pela lei; 2) devem estar destinadas a proteger os direitos ou a reputação dos demais, ou a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral pública; e 3) devem ser necessárias numa sociedade democrática” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 120).

18.2.5. “Governar com o Código Penal na mão”. Para designar o movimento contrário ao princípio da intervenção mínima, o juiz García Ramírez, em seu voto no *Caso Herrera Ulloa*, utilizou a expressão “Governar com o Código Penal na mão”. Vejamos o trecho do seu voto:

“Num ‘ambiente político autoritário’ se recorre com frequência ao expediente punitivo: este não constitui o último recurso, mas um dos primeiros, conforme a tendência de ‘governar com o Código Penal na mão’, uma tendência que se instala tanto sobre o autoritarismo, confesso ou encoberto, como sobre a ignorância, que não encontra melhor modo de atender a legítima demanda social de segurança. O contrário sucede num ‘ambiente democrático’: a tipificação penal das condutas e a aplicação de penas constituem o último recurso, uma vez esgotados os restantes ou demonstrado que são ineficientes para punir as mais graves lesões aos bens jurídicos de maior hierarquia. É então, e somente então, quando se aceita o emprego do remédio penal: porque é indispensável e inevitável. E inclusive nesta circunstância, a tipificação deve ser cuidadosa e rigorosa, e a punição deve ser racional, ajustada à hierarquia dos bens tutelados, à lesão que se lhes causa ou o perigo em que eles são colocados e a culpa do agente, e eleita entre diversas opções úteis que estão à mão do legislador e do julgador, em seus respectivos momentos. Claro, se deve distinguir entre a ‘verdadeira necessidade’ de utilizar o sistema penal, que deve ter um manifesto sustento objetivo, e a ‘falsa necessidade’ de fazê-lo, apenas como consequência da ineficácia da autoridade, que se pretende ‘corrigir’ por libertar o aparelho repressivo” (§ 16).

19. Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai

Sentença de 02.09.2004

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

19.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia apresentada pela CIDH sobre a violação de di-

reitos humanos dos internos reclusos no Instituto “Panchito López”, que inicialmente foi projetado para ser uma residência, transformando-se depois, mesmo sem a devida estrutura, num centro de detenção para menores em conflito com a lei. Entre 1996 e 2001, a população no Instituto superou sua capacidade máxima, alcançando um nível de superpopulação de aproximadamente 50%. Os internos do Instituto estavam detidos em celas insalubres com escassas instalações higiênicas. Além disso, os internos estavam submetidos a péssimas condições de alimentação e de assistência médica. Os internos com deficiências físicas ou mentais não contavam com atendimento médico de acordo com suas necessidades especiais. Praticamente não havia no Instituto oportunidade para que os internos fizessem exercícios ou participassem de atividades recreativas. Muitos deles não tinham camas, cobertores nem colchões, de maneira que eram obrigados a dormir no chão ou a compartilhar camas e colchões, circunstância que, somada à superpopulação, facilitou a ocorrência de abusos sexuais entre eles. No Instituto, também eram frequentes disputas e brigas entre os internos, as quais às vezes envolviam armas de fabricação caseira. Os guardas do Instituto não contavam com uma preparação adequada e recorriam frequentemente ao uso de castigos violentos com o propósito de impor disciplina aos internos. Segundo noticiou a CIDH, os guardas vendiam substâncias entorpecentes aos internos. Entre outros fatos denunciados, consta que os internos processados sem sentença não ficavam separados dos condenados. Em geral, os processos dos internos se caracterizavam pela lentidão de sua tramitação e não havia uma assistência jurídica eficiente. Posteriormente à apresentação do caso à CIDH, em 1996, ocorreram três incêndios no Instituto. Em 2000, ocorreu outro incêndio no Instituto, o qual resultou na morte de nove internos e em ferimentos noutros tantos. Em fevereiro de 2001, mais um incêndio no Instituto, que provocou ferimentos e queimaduras em nove internos. Ainda no ano de 2001, no mês de julho, ocorreu mais um incêndio, causando a morte de um interno e ferimentos em outros oito internos. Depois desse incêndio, o Estado fechou definitivamente o Instituto, transferiu os internos para outros centros de detenção (alguns destes destinados a adultos) e cobriu diversos gastos causados aos internos falecidos e feridos, deixando, porém, de estender essas medidas a todos os afetados.

Na jurisdição interna, foi interposto um *habeas corpus* genérico e foram abertos dois processos cíveis e dois processos criminais. Os processos cíveis estavam relacionados às demandas de reparação por danos morais e materiais. Os processos criminais diziam respeito à morte de internos no Instituto, sendo que um deles foi arquivado por inércia do Ministério Público e no outro o réu foi absolvido por insuficiência de provas.

Após o processamento do caso, primeiramente, a Corte IDH concluiu que “(...) em nenhum momento existiram no Instituto as condições para que os internos privados de liberdade pudessem desenvolver sua vida de maneira digna, mas, ao contrário, fizeram-nos viver permanentemente em condições desumanas e degradantes, expondo-os a um clima de violência, insegurança, abusos, corrupção, desconfiança e promiscuidade, onde era imposta a lei do mais forte com todas as suas consequências” (§ 170). Por isso, a Corte assentou que o Estado violou o art. 5º da CADH, que protege a integridade pessoal, em relação a todos os internos que permaneceram no Instituto. Na sequência, concluiu a Corte que “(...) foi o Estado quem permitiu que seus agentes ameaçassem, afetassem, violassem ou restringissem direitos que não podiam ser objeto de nenhum tipo de limitação ou violação, expondo de maneira constante todos os internos do Instituto a um

tratamento cruel, desumano e degradante, bem como a condições de vida indigna que afetaram seu direito à vida, seu desenvolvimento e seus projetos de vida (...)” (§ 176), razão pela qual assentou que o Estado violou os arts. 4.1 (direito à vida), 5.1 (direito à integridade física), 5.2 (direito de não ser submetido a tortura ou tratamento degradante) e 5.6 (finalidade da pena de reformar e readaptar socialmente o indivíduo) da CADH, em relação ao art. 1.1 desta (obrigação de respeitar os direitos), e também ao art. 19 da Convenção (direitos da criança). No que diz respeito à morte de vários internos, a Corte IDH considerou que a falta de prevenção do Estado foi causa determinante dos incêndios e consistiu numa negligência grave, decidindo, então, pela violação do art. 4.1 da CADH (direito à vida), lido também à luz do art. 19 da Convenção (direitos da criança). Prosseguindo, a Corte concluiu que não havia no Paraguai um órgão jurisdicional especializado para adolescentes e crianças em conflito com a lei até o ano de 2001, nem um procedimento diferente ao dos adultos que tivesse em consideração de maneira adequada sua situação especial. E, por isso, a Corte IDH decidiu que o Estado violou os arts. 2º (dever de adotar disposições de direito interno) e 8.1 (garantias processuais) da CADH, ambos em relação ao art. 1.1 desta (obrigação de respeitar direitos) e ao art. 19 da Convenção (direitos da criança). Na sequência, a Corte entendeu que o Estado violou o art. 25 da CADH (proteção judicial), pois o *habeas corpus* impetrado em favor dos internos tramitou por mais de cinco anos e, após a sua procedência, o Estado ainda descumpriu a obrigação de fornecer aos internos medidas especiais de proteção.

Finalmente, a Corte IDH impôs diversas obrigações reparatórias para o Estado em relação aos internos e suas famílias, tais como a prestação de tratamento psicológico, o oferecimento de assistência vocacional, indenização por danos materiais e morais etc.

19.2. Pontos importantes

19.2.1. Posição especial de garante do Estado quanto às pessoas privadas de liberdade.

Verificando as inúmeras violações de direitos humanos praticadas pelo Paraguai num estabelecimento penal, a Corte IDH ressaltou que o Estado se encontra, em relação às pessoas privadas de liberdade, numa *posição especial de garante* (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 152), esclarecendo que, embora a privação de liberdade acarrete, inevitavelmente, a afetação do gozo de outros direitos humanos além da liberdade pessoal (por exemplo, os direitos de privacidade e de intimidade familiar), “A restrição de outros direitos, ao contrário – como à vida, à integridade pessoal, à liberdade religiosa e ao devido processo –, não somente não tem justificação fundada na privação da liberdade, mas também está proibida pelo Direito Internacional”, concluindo que “Estes direitos devem ser efetivamente respeitados e garantidos como os de qualquer pessoa não submetida à privação de liberdade” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 155).

19.2.2. Situação especial da criança e do adolescente: direito ao projeto de vida e ao desenvolvimento inclusive quando privados de liberdade.

A Corte IDH advertiu no *Caso “Instituto de Reeducação do Menor”* que a *posição especial de garante* do Estado em relação aos indivíduos privados de liberdade deve ser assumida com maior cuidado e responsabilidade quando se tratar de menores de idade, devendo tomar medidas especiais orientadas pelo *princípio do interesse superior da criança*, o qual gera para o Estado uma

preocupação “(...) com as circunstâncias de vida que [o menor de idade] levará enquanto se mantenha privado de liberdade, já que esse direito não se extinguiu nem se restringiu por sua situação de detenção ou prisão” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 160). Na sequência, a Corte IDH ressaltou que o Estado deve assegurar que as condições de detenção dos menores de idade não destrua seus *projetos de vida* (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 161).

A preocupação com o *desenvolvimento* do adolescente privado de liberdade se encontra enraizada no *corpus iuris* internacional de proteção dos direitos humanos. Vejamos. Prevê a Convenção sobre os Direitos da Criança que “Os Estados assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança” (art. 6.2), sendo oportuno registrar que o Comitê sobre Direitos da Criança da ONU, comentando este dispositivo, já afirmou esperar que “os Estados interpretem o termo ‘desenvolvimento’ em seu sentido mais amplo, como conceito holístico que abarca o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral, psicológico e social da criança” (Observação Geral nº 05, 2013, § 12). As Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, documento adotado pela ONU em 1990, estabelecem que “Os menores privados de liberdade não devem, por força do seu estatuto de detidos, ser privados dos direitos civis, econômicos, políticos, sociais ou culturais de que gozem por força da lei nacional ou do direito internacional, e que sejam compatíveis com a privação de liberdade” (art. 13). As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing) preveem que, “Enquanto se encontrem sob custódia, os jovens receberão os cuidados, proteção e toda assistência – social, educacional, profissional, psicológica, médica e física que requeiram, tendo em conta sua idade, sexo e características individuais” (art. 13.5).

19.2.3. Direito à educação de adolescentes privados de liberdade. Como decorrência do tópico anterior, importante destacar que a Corte IDH condenou o Paraguai pela violação do direito à educação dos adolescentes privados de liberdade, já que o programa educativo disponibilizado no estabelecimento prisional em que estavam *internados* carecia de professores e recursos adequados. Para a Corte IDH, “Este descumprimento do Estado causa consequências ainda mais sérias quando os meninos privados de liberdade provêm de setores marginalizados da sociedade, como ocorre no presente caso, pois isso limita suas possibilidades de reinserção efetiva na sociedade e o desenvolvimento de seus projetos de vida” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 174). Recordemos que o direito à educação não se encontra previsto na CADH, e sim em seu Protocolo Adicional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, conhecido como “Protocolo de São Salvador”, em seu art. 13.

19.2.4. A simples ameaça de tortura como tratamento desumano. Embora não tenha sido demonstrado que os internos do Instituto sofreram tortura ou maus-tratos, a Corte IDH verificou que a ameaça desses castigos era real e iminente, criando um clima de permanente tensão e violência. Assim, entendeu a Corte IDH que “(...) a simples ameaça de uma conduta proibida pelo artigo 5º da Convenção Americana, quando seja suficientemente real e iminente, pode, em si mesma, estar em conflito com a norma em questão” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 167).

19.2.5. Separação entre adolescentes e adultos privados de liberdade. A CADH estabelece que “Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento” (art. 5.5). A Corte IDH condenou o Paraguai por descumprir esse preceito convencional, ressaltando que o compartilhamento do mesmo espaço físico por menores e adultos expõe os primeiros “(...) a circunstâncias que são altamente prejudiciais para seu desenvolvimento e os torna vulneráveis em relação a terceiros que, por sua qualidade de adultos, podem abusar de sua superioridade” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 175).

19.2.6. Aplicação das garantias processuais previstas no art. 8º da CADH aos adolescentes: tribunal e procedimentos especializados. Afirmou a Corte IDH que o art. 8º da CADH se aplica a todas as pessoas, inclusive aos menores de idade em processos judiciais ou administrativos (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 209), ressaltando, porém, a necessidade de se estabelecer órgãos jurisdicionais especializados e um procedimento especial para atender de forma diferenciada e específica às questões referentes aos menores de idade (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 210). Nesse sentido, convém recordar que a Convenção sobre os Direitos das Crianças estabelece que “Os Estados-Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido (...)” (art. 40.3). Para a Corte IDH, a referida jurisdição especial para menores de idade em conflito com a lei, bem como o procedimento correspondente, deve se caracterizar pelos seguintes elementos:

“(...) 1) em primeiro lugar, a possibilidade de adotar medidas para tratar essas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais; 2) caso um processo judicial seja necessário, este Tribunal disporá de diversas medidas, tais como assessoramento psicológico para a criança durante o procedimento, controle em relação à maneira de tomar o testemunho da criança e regulamentação da publicidade do processo; 3) disporá também de uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nas distintas etapas da administração de justiça de crianças; e 4) os que exerçam estas faculdades deverão estar especialmente preparados e capacitados sobre os direitos humanos da criança e em psicologia infantil para evitar qualquer abuso da discricionariedade e para assegurar que as medidas ordenadas em cada caso sejam idôneas e proporcionais” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 211).

19.2.7. Excepcionalidade da prisão ou internação preventiva de adolescentes. Cançado Trindade anotou em seu voto no *Caso “Instituto de Reeducação de Menor”* que um dos aspectos centrais deste precedente é o relativo à prisão preventiva, que, na prática, “(...) se transformou em um verdadeiro flagelo que hoje em dia vitimiza milhares e milhares de esquecidos nas penitenciárias e centros de detenção em todo o mundo” (§ 12). Recordemos que a Convenção sobre os Direitos da Criança prevê que os Estados zelarão para que “nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com

a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado" (art. 37.b). No mesmo sentido, estabelecem as Regras de Beijing que "Só se aplicará a prisão preventiva como último recurso e pelo menor prazo possível" (art. 13.1). E, assim, também as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade: "(...) A prisão deverá constituir uma medida de último recurso" (art. 1º). Analisando o tema no *Caso "Instituto de Reeducação de Menores"*, decidiu a Corte IDH que, tratando-se da privação de liberdade de menores de idade, a prisão preventiva deve ser aplicada com mais excepcionalidade ainda, já que a regra deve ser a fixação de medidas substitutivas, que podem ser:

"(...) a supervisão estrita, a custódia permanente, a designação a uma família, a transferência a um lar ou a uma instituição educativa, bem como o cuidado, as ordens de orientação e supervisão, o assessoramento, a liberdade vigiada, os programas de ensino e formação profissional e outras possibilidades alternativas à internação em instituições. A aplicação destas medidas substitutivas tem a finalidade de assegurar que as crianças sejam tratadas de maneira adequada e proporcional a suas circunstâncias e à infração. Este preceito está regulamentado em diversos instrumentos e regras internacionais" (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 230).

20. Caso Tibi vs. Equador

Sentença de 07.09.2004

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

20.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia da CIDH, por meio da qual alega que o senhor Daniel Tibi, um comerciante francês de pedras preciosas, foi preso pela polícia em setembro de 1995, sem ordem judicial e com base apenas na declaração de um suposto coautor da infração penal, quando conduzia seu automóvel por uma rua de Quito, no Equador. Tibi foi transferido, em seguida, para uma prisão localizada a 600 km de Quito, onde ficou recolhido por vinte e oito meses, sendo que, embora se afirmando inocente, foi torturado e obrigado a confessar sua participação num caso de narcotráfico, tendo, ainda, seus bens sido apreendidos e não devolvidos quando de sua liberação, em janeiro de 1998.

Após o processamento do caso, a Corte IDH considerou a prisão de Tibi absolutamente ilegal, pois realizada sem ordem judicial ou situação de flagrância e baseada unicamente em declaração isolada de coautor. A Corte IDH também censurou o fato de o senhor Tibi não ter sido informado no momento da prisão sobre as verdadeiras razões desta, ressaltando, ainda, que a prisão preventiva é a medida mais severa que se pode aplicar ao acusado de um crime (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 106). Na sequência, a Corte IDH reprovou o Estado por não propiciar ao senhor Tibi o direito de estabelecer contato com terceira pessoa, como, por exemplo, um familiar, um advogado ou um funcionário consular. Ainda sobre a violação do direito à liberdade pessoal, a Corte IDH decidiu que o Equador violou o art. 7.5 da CADH, já que o senhor Tibi não

foi conduzido sem demora à presença de uma autoridade judicial, e sim a um “Agente Fiscal do Ministério Público”, quase seis meses após a prisão. Finalmente, a Corte IDH, após considerar que o Estado violou diversos outros dispositivos da CADH e também da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, condenou o Estado equatoriano a, entre outras medidas: a) num prazo razoável, investigar efetivamente os fatos com o fim de identificar, julgar e punir os autores das violações cometidas em prejuízo do senhor Tibi; b) emitir uma declaração pública na qual admita sua responsabilidade internacional pelos fatos referidos neste caso; c) estabelecer um programa de formação e capacitação para o corpo de funcionários do Judiciário, do Ministério Público e da Polícia; e d) pagar a quantia fixada na sentença para fins de reparação dos danos materiais e morais provocados ao senhor Tibi e sua família.

20.2. Pontos importantes

20.2.1. Excepcionalidade da prisão preventiva e princípios limitadores. Afirmou a Corte IDH, no julgamento do *Caso Tibi*, que “(...) a prisão preventiva é a medida mais severa que se pode aplicar ao acusado de um delito, motivo pelo qual sua aplicação deve ter um caráter excepcional, em virtude de que se encontra limitada pelos princípios da legalidade, da presunção de inocência, da necessidade e da proporcionalidade, indispensáveis numa sociedade democrática” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 106).

20.2.2. Expedientes comunicativos no momento da privação de liberdade. A Corte IDH ressaltou que, no momento da privação de liberdade e antes que o réu dê sua primeira declaração diante da autoridade, ele deve ser notificado do seu direito de estabelecer contato com uma terceira pessoa, que pode ser um familiar, um advogado ou um funcionário consular. Para a Corte, “A notificação a um familiar ou a um amigo tem particular relevância para que este conheça o paradeiro e as circunstâncias em que se encontra o acusado e possa lhe prover a assistência e a proteção devidas” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 112). E, no caso da notificação do advogado, adverte a Corte que “(...) tem especial importância a possibilidade de que o detido se reúna em privado com aquele, o que é inerente a seu direito a se beneficiar de uma defesa verdadeira” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 112).

20.2.3. Proibição absoluta da tortura. Conforme decidiu a Corte IDH no julgamento do *Caso Tibi*, “Existe um regime jurídico internacional de proibição absoluta de todas as formas de tortura, tanto física como psicológica, regime que pertence hoje em dia ao domínio do *ius cogens*. A proibição da tortura é completa e inderrogável, ainda que nas circunstâncias mais difíceis, tais como a guerra, ameaça de guerra, luta contra o terrorismo e quaisquer outros delitos, estado de sítio ou de emergência, comoção ou conflito interior, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou outras emergências ou calamidades públicas” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 143).

20.2.4. “Guantanamoização” do processo penal. Em seu voto proferido no julgamento do *Caso Tibi*, o juiz García Ramírez utilizou a expressão *guantanamoização do processo penal* para designar um movimento de autoritarismo e de arbitrariedade que propõe a derrogação ou a suspensão de direitos e garantias no marco da *luta* contra crimes graves. Nas pa-

lavras de García Ramírez, “A persistência de antigas formas de criminalidade, a aparição de novas expressões da delinquência, o assédio do crime organizado, a extraordinária virulência de certos delitos de suma gravidade – assim, o terrorismo e o narcotráfico –, têm determinado uma sorte de ‘exasperação ou desesperação’ que é má conselheira: sugere abandonar os progressos e retornar a sistemas ou medidas que já mostraram suas enormes deficiências éticas e práticas. Numa de suas versões extremas, este abandono tem gerado fenômenos como a ‘guantanamoização’ do processo penal, ultimamente questionada pela jurisprudência da própria Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 30).

20.2.5. Importância da audiência de custódia. Uma das violações da CADH praticadas pelo Equador, censurada pela Corte IDH, foi o fato de o senhor Tibi ter sido apresentado a uma autoridade judicial somente vários meses após a sua prisão. Para a Corte IDH, “O artigo 7.5 da Convenção dispõe que a detenção de uma pessoa seja submetida sem demora a revisão judicial, como meio de controle idôneo para evitar as capturas arbitrárias e ilegais. O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o acusado de maneira compatível com a presunção de inocência” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 114).

21. Caso De La Cruz Flores vs. Peru

Sentença de 18.11.2004

Mérito, reparações e custas

21.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia apresentada pela CIDH, por meio da qual alega que a senhora María Teresa De La Cruz Flores, médica, foi detida por membros da polícia em março de 1996, quando finalizava seus trabalhos como pediatra no Instituto Peruano da Seguridade Social, por acusações de terrorismo. De La Cruz Flores foi processada por um tribunal composto por “juízes sem rosto”, que a condenou pelo crime de colaboração com o terrorismo a uma pena de vinte anos de prisão. A sentença condenatória foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça peruana em 1998. O contexto fático do processo penal movido contra De La Cruz Flores esclarece que ela foi detida, processada e punida porque mantinha vínculo com a organização subversiva “Sendero Luminoso”, prestando para o grupo diversas atividades médicas, como a condução de cirurgias, o fornecimento de medicamentos etc. De La Cruz Flores ficou presa de 1996 a 2004, tendo sofrido nesse período diversos problemas de saúde, pelos quais recebeu tratamento inadequado. Ainda no que diz respeito à prisão, De La Cruz Flores foi submetida à incomunicabilidade por um mês e durante o primeiro ano da sua detenção ficou em isolamento celular contínuo, podendo receber visitas apenas trimestralmente.

Após o processamento do caso, a Corte IDH decidiu que, ao ditar a sentença condenatória de novembro de 2006, o Estado incorreu numa violação do princípio da legalidade

(CADH, art. 9º), pois não consta do pronunciamento judicial a referência sobre qual ou quais das condutas tipificadas na legislação peruana foram praticadas pela senhora De La Cruz Flores, e, ainda, por “(...) penalizar o ato médico, que não é somente um ato essencialmente lícito, mas também um dever do médico prestá-lo; e por impor aos médicos a obrigação de denunciar possíveis condutas delitivas de seus pacientes com base na informação que obtenham no exercício de sua profissão” (§ 102). Na sequência, a Corte IDH afirmou que “A simples constatação de que a presumida vítima foi privada durante um mês de toda comunicação com o mundo exterior permite (...) concluir que a senhora María Teresa De La Cruz Flores foi submetida a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes” (§ 130), decidindo, então, também a partir de outros tratamentos desumanos impostos à vítima, que o Estado violou o art. 5º da CADH (direito à integridade pessoal).

Finalmente, além de ter constatado outras violações à CADH, a Corte condenou o Estado a pagar indenização à vítima e seus familiares, assim como a proporcionar atenção médica e psicológica à vítima, devendo, ainda, reincorporá-la em suas atividades como médica.

21.2. Pontos importantes

21.2.1. Penalização do ato médico. A Corte IDH censurou de forma contundente o Peru por ter *penalizado* o exercício regular da medicina, observando que o ato médico se encontra reconhecido em diversos documentos normativos relevantes da profissão (Mérito, reparações e custas, § 94)⁸². A Corte também afirmou que “(...) os médicos têm um direito e um dever de guardar confidencialidade sobre a informação a que tenham acesso em sua condição de médicos” (Mérito, reparações e custas, § 101). Em seu voto apresentado no julgamento do *Caso De La Cruz Flores*, o juiz García Ramírez ressaltou que “Seria censurável se o Estado impusesse ou autorizasse aos médicos o exercício desviado de sua função, como tem sucedido em regimes totalitários, em que lhes é impedido cumprir o dever ético e jurídico que lhes incumbe, inclusive lhes impondo sanções por fazê-lo”, concluindo que, “Em ambos os casos, o Estado viola o direito à vida e à saúde das pessoas, tanto diretamente como através da intimidação ou da restrição imposta sobre aqueles que são regularmente obrigados a intervir, por ocasião do exercício da profissão na preservação desses bens” (§ 7º). Recentemente, em outubro de 2016, quando do julgamento do *Caso Pollo Rivera e outros* – também contra o Peru –, a Corte IDH reiterou o seu entendimento acerca da atipicidade do ato médico, incorporando o argumento relativo à *tipicidade conglobante*:

“A atividade médica terapêutica ou curativa é fomentada e promovida pelo Direito, e inclusive em certas circunstâncias ordenada, de modo que não pode estar proibida em função da não contradição da ordem jurídica imposta pela racionalidade dos atos de poder em todo Estado de Direito. Por isso, a ordem jurídica não pode incorrer na contradição de proibir uma ação que ao mesmo tempo ordena ou fomenta. Do exposto se depreende

⁸² A Corte IDH reiterou este entendimento a respeito da atipicidade do ato médico no julgamento do *Caso Pollo Rivera e outros vs. Peru*. Sentença de 21/10/2016. Mérito, reparações e custas, § 229 e seguintes.

que jamais pode considerar-se incurso numa associação ilícita quem está de acordo em praticar unicamente atos curativos, que, como tais, o próprio Direito os deixa fora do âmbito de proibição de qualquer outra norma da ordem jurídica” (Mérito, reparações e custas, § 256).

22. Caso Huilca Tecse vs. Peru

Sentença de 03.03.2005

Mérito, reparações e custas

22.1. Resumo do caso

Os fatos do presente caso se contextualizam no marco do conflito armado peruano, em que integrantes do grupo Colina, composto por membros do Exército, cometeram uma série de violações aos direitos humanos como parte de uma política antissubversiva que se estendeu à eliminação de pessoas que eram consideradas contrárias ao regime. Pedro Huilca Tecse era secretário-geral da Confederação Geral de Trabalhadores do Peru e participou durante muitos anos como ativista político e sindical. Em dezembro de 1992, quando Huilca Tecse estava saindo de sua casa com seus filhos, membros do grupo Colina os cercaram e um deles disparou várias vezes, ocasionando a morte de Huilca Tecse. Os familiares da vítima interpuseram, sem êxito, uma série de recursos a fim de que os responsáveis pelo crime fossem investigados e punidos.

No procedimento perante a Corte IDH, o Estado peruano reconheceu e admitiu a sua responsabilidade internacional pela violação dos direitos humanos de Huilca Tecse e de seus familiares. E, assim, após o processamento do caso, a Corte declarou que o Peru violou o arts. 4.1 (direito à vida), 16 (liberdade de associação) e 1.1 (obrigação de respeitar direitos) da CADH, assentando que “(...) a execução do senhor Pedro Huilca Tecse teve um efeito amedrontador nos trabalhadores do movimento sindical peruano e com isso diminuiu a liberdade de um grupo determinado de exercer esse direito” (§ 78). Na sequência, considerando a situação de *grave impunidade* dos responsáveis pela morte da vítima, a Corte declarou que o Peru violou os arts. 8º (garantias judiciais), 25 (proteção judicial) e 1.1 (obrigação de respeitar direitos) da CADH.

Finalmente, entre outras determinações, a Corte impôs ao Estado peruano a obrigação de investigar de forma eficaz os fatos do presente caso a fim de identificar, julgar e punir os autores materiais e intelectuais da execução extrajudicial de Pedro Huilca Tecse.

22.2. Pontos importantes

22.2.1. Assassinato de líder sindical como violação do direito à liberdade de associação. Estabelece o art. 16.1 da CADH que “Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer natureza”. O *Caso Huilca Tecse* se destaca porque no seu julgamento a Corte IDH considerou o assassinato de um líder sindical não apenas como uma violação do direito à vida da vítima, mas também como uma violação do direito à liberdade de associação:

“(...) a execução de um líder sindical, num contexto com o do presente caso, não restringe somente a liberdade de associação de um indivíduo, mas também o direito e a liberdade de determinado grupo de associar-se livremente, sem medo ou temor, de onde resulta que o direito protegido pelo artigo 16 tem um alcance e um caráter especial. Assim se mostram as duas dimensões da liberdade de associação” (Mérito, reparações e custas, § 69)⁸³.

22.3. Conexões com o Direito brasileiro

22.3.1. O assassinato de Chico Mendes. Merece destaque aqui um brevíssimo relato sobre o brasileiro Francisco Alves Mendes Filho, mais conhecido como Chico Mendes, que foi um seringueiro, sindicalista, ativista político e ambientalista brasileiro. Chico Mendes lutava a favor dos seringueiros da Bacia Amazônica, ativismo que lhe trouxe reconhecimento internacional, mas também a ira dos fazendeiros locais. Em 22.04.1988, Chico Mendes foi assassinado com um tiro no peito na porta dos fundos de sua casa. Após a sua morte, Chico Mendes recebeu inúmeras homenagens, dentre elas a criação, pela então Ministra do Meio Ambiente Marina Silva, do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio)⁸⁴.

23. Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago

Sentença de 11.03.2005

Mérito, reparações e custas

23.1. Resumo do caso

Os fatos do presente caso iniciaram em novembro de 1983, quando o senhor Winston Caesar foi preso sob a suspeita de ter cometido o crime de violação sexual. Posteriormente foi libertado sob fiança, mas em setembro de 1991 foi preso novamente por não ter comparecido em juízo. Em janeiro de 1992, Caesar foi condenado pelo crime de tentativa de violação sexual a 20 anos de prisão com trabalhos forçados e a receber 15 açoites. Caesar foi encarcerado em prisões com péssimas condições, sem serviços sanitários, com superpopulação, pouca ventilação etc., acarretando-lhe sérios problemas de saúde que não foram adequadamente atendidos. Em 1996, Caesar foi transferido para a Prisão de Carrera. Nessa prisão, as penas corporais eram executadas apenas durante alguns períodos do ano. Caesar tinha conhecimento de quais eram aqueles períodos, o que lhe gerava sentimentos de medo e apreensão. Em fevereiro de 1998, Caesar foi submetido a 15 açoites, em cumprimento de sua sentença, não tendo recebido, posteriormente, nenhum tratamento médico. Como consequência da pena corporal, Caesar sofreu com depressão e ansiedade aguda.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que Trinidad e Tobago violou os arts. 5.1 e 5.2 da CADH por ter aplicado pena de natureza corporal a Caesar, o que con-

⁸³ Sobre o tema, ver: CARBONELL, Miguel. *La libertad de asociación en el constitucionalismo de América Latina*. In: Direitos Fundamentais & Justiça nº 12 – jul./set. 2010, p. 21-22.

⁸⁴ Informações extraídas do *verbete* “Chico Mendes” na página da Wikipédia na internet.

sistiu em tratamento cruel, desumano e degradante. Na sequência, a Corte reconheceu que o Estado violou aqueles mesmos dispositivos da CADH em razão das condições de detenção a que foi submetido o senhor Caesar. Finalmente, a Corte também declarou que o Estado violou o art. 25 da CADH (proteção judicial) por não ter assegurado à vítima um recurso efetivo para impugnar a imposição da pena corporal. Diante desse cenário, a Corte Interamericana condenou o Estado a pagar uma indenização pelos danos morais causados à vítima, a prestar-lhe um tratamento médico e psicológico adequado e, entre outras determinações, impôs a Trinidad e Tobago a obrigação de adotar as medidas legislativas para revogar a Lei de Penas Corporais.

23.2. Pontos importantes

23.2.1. Vedação de pena corporal. A CADH estabelece que “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (art. 5.2). O Direito Internacional dos Direitos Humanos considera as penas corporais uma forma de tortura e de tratamento desumano, cruel e degradante, podendo-se afirmar, então, com tranquilidade, que a vedação dessas penas faz parte do *corpus juris* internacional da proteção dos direitos humanos (cite-se, por exemplo, PIDCP, art. 7º, e DUDHs, art. 5º), tratando-se, ainda, de uma obrigação *erga omnes*. No julgamento do *Caso Caesar*, afirmou a Corte IDH que as penas corporais por meio de flagelação constituem uma forma de tortura e, em consequência, uma violação do direito de qualquer pessoa a que se respeite sua integridade física, psíquica e mental, decidindo, assim, que “(...) a Lei de Penas Corporais [de Trinidad e Tobago] deve ser considerada contrária aos termos dos artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Americana” (Mérito, reparações e custas, § 73). Em seu voto no *Caso Caesar*, o juiz García Ramírez afirmou que:

“A subsistência de medidas como a flagelação de uma pessoa ressalta novamente, em pleno século XXI, a existência de capítulos paralelos nas histórias do crime e da justiça erigida para enfrentá-lo em nome da sociedade e do Estado. Trata-se, então, de um estranho e deplorável paralelismo (...). Nem sempre tem existido entre o delito e a justiça penal a fronteira evidente e rigorosa que deve mediar entre o injusto emprego da violência que exige o crime e a função penal que desempenha o Estado. Esta devia justificar-se (...) pela qualidade ética de seu funcionamento, seus meios e seus objetivos” (§ 13).

23.2.2. A finalidade da pena na CADH. Uma das questões mais debatidas no Direito Penal reside em determinar qual é a finalidade da pena. Para o que interessa a esta obra – e aos comentários do presente caso –, limitamo-nos a registrar que a CADH adotou a teoria da prevenção especial positiva da pena quando estabeleceu que “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados” (art. 5.6). Em seu voto no *Caso Caesar*, afirmou García Ramírez que certamente têm sido expostas críticas relevantes sobre o projeto ressocializador da pena. No entanto, prossegue o ex-juiz da Corte IDH em seu voto:

“(…) ainda careceremos – em termos reais, efetivos, não somente ideais ou conceituais – de substitutos que o superem de imediato, com vantagem e eficácia. Após a decadência da concepção readaptadora da pena aguardam as opções eliminatórias e aflictivas, das que são exemplos a pena capital e as penas corporais (...). Daí que a readaptação siga construindo, apesar de suas debilidades e contradições, um limite razoável ao poder penal absoluto do Estado, que de outra forma transbordaria” (§ 15).

23.3. Conexões com o Direito brasileiro

23.3.1. Teoria da pena adotada pelo Código Penal brasileiro. O Código Penal brasileiro adotou a teoria mista, unificadora ou eclética da pena, estabelecendo que esta deve ser aplicada conforme seja necessário e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime (art. 59).

24. Caso Comunidade Moiwana vs. Suriname

Sentença de 15.06.2005	<i>Exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 08.02.2006	<i>Interpretação da sentença de mérito, reparações e custas</i>

24.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a alegação de que, em 29.11.1986, membros das forças armadas de Suriname teriam atacado a comunidade N’djuka Maroon de Moiwana, destruindo-a e massacrando mais de quarenta homens, mulheres e crianças. Aqueles que conseguiram escapar foram exilados ou internamente deslocados. Até a data da apresentação da demanda na CIDH, não teria havido uma investigação adequada do massacre e tampouco julgamento ou punição dos envolvidos. Os sobreviventes permaneceram longe de suas terras, incapazes de retomar seu estilo de vida tradicional.

A Corte IDH iniciou o julgamento do caso rejeitando a preliminar de incompetência *ratione temporis* arguida pelo Estado, e isso porque, embora o Suriname tenha reconhecido a competência da Corte no ano de 1987 e os fatos tenham ocorrido em 1986, dois eventos subsistiram, mantendo a violação de direitos humanos, quais sejam, o descumprimento do dever de investigar o massacre ocorrido na comunidade e, ainda, a impossibilidade de as vítimas retornarem para suas terras ancestrais. Assim, a Corte IDH decidiu pela sua competência para analisar o caso.

Prosseguindo, após rejeitar outras preliminares, a Corte Interamericana declarou Suriname responsável pela violação do direito à integridade física, psíquica e moral dos membros da comunidade Moiwana (CADH, art. 5.1), considerando o sofrimento emocional, psicológico, espiritual e econômico experimentado pela comunidade em virtude a) da não obtenção de justiça, b) da impossibilidade de os membros honrarem apropriadamente seus entes queridos falecidos (restou provado que o povo da comunidade Moiwana tem rituais específicos e complexos que devem seguir após a morte de um membro) e c) da separação dos membros da comunidade de suas terras tradicionais. Da mesma forma, a Corte Interamericana declarou Suriname responsável pela violação do direito de circulação e residência (CADH, art. 22), já que o Estado não criou as condições

necessárias nem providenciou os meios que permitissem aos membros da comunidade regressarem voluntariamente para suas terras tradicionais.

Mais adiante, a Corte IDH reiterou o seu entendimento de que para “(...) comunidades indígenas que tenham ocupado suas terras ancestrais de acordo com suas práticas consuetudinárias – pelo que carecem de um título formal de propriedade –, a posse da terra deveria bastar para que obtenham o reconhecimento oficial da propriedade e o consequente registro” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 131). E prossegue a Corte Interamericana ressaltando que, para tais povos, o nexo com o território ancestral não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, “(...) inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 131).

Finalmente, a Corte IDH condenou o Estado a proceder com as reparações de cunho material e imaterial, além de ter imposto diversas obrigações, tais como a) investigar e punir os responsáveis pelo massacre na aldeia de Moiwana, b) empregar todos os meios técnicos e científicos possíveis para recuperar com rapidez os restos dos membros da comunidade que faleceram durante o ataque de 1986 e entregar aos membros sobreviventes para que possam ser honrados segundo os rituais da sua cultura, c) adotar todas as medidas (legislativas ou administrativas) para outorgar aos membros da comunidade o título de proprietários da terra e d) construir um monumento e colocá-lo num lugar público apropriado como lembrança dos fatos ocorridos.

24.2. Pontos importantes

24.2.1. Do “direito ao projeto de vida” ao “direito a um projeto de pós-vida”: sobre o “dano espiritual”. Em excelente voto apresentado no julgamento do *Caso Comunidade Moiwana*, o juiz Cançado Trindade fez menção à jurisprudência da Corte IDH sobre o *direito ao projeto de vida*, reconhecido, por exemplo, conforme já vimos anteriormente, no *Caso Loayza Tamayo*, para abordar a interessante figura do *direito a um projeto de pós-vida*, que tem em conta os vivos em suas relações com os mortos, em conjunto. Afirma Cançado Trindade que “O Direito Internacional em geral e o Direito Internacional de Direitos Humanos em particular não podem permanecer indiferentes ante as manifestações espirituais do gênero humano, tais como as expressadas nas atuações iniciadas ante esta Corte no presente caso *Comunidade Moiwana*” (§ 68). Avança Cançado Trindade com a reflexão de que “(...) os N’djukas têm direito a apreciar seu projeto de pós-vida, o encontro de cada um deles com seus antepassados, a reação harmoniosa entre os vivos e os mortos. Sua visão de vida e pós-vida abriga valores fundamentais, largamente olvidados e perdidos pelos filhos e filhas das ‘revoluções’ industriais e comunicativas (ou outras involuções, desde a perspectiva espiritual)” (§ 69). Diante desse cenário, Cançado Trindade propõe uma categoria totalmente nova de dano: o “dano espiritual”, que ele entende como “(...) uma forma agravada do dano moral que tem uma implicação direta na parte mais íntima do gênero humano, a saber, seu ser interior, suas crenças no destino da humanidade e suas relações com os mortos. O dano espiritual não é suscetível, por óbvio, de indenização material, mas existem outras formas de compensação. Aqui é onde se apresenta a ideia, pela primeira vez na história, a meu entender” (§ 71). Sobre o

assunto, Flávia Piovesan explica que a Corte Interamericana, valendo-se da interpretação dinâmica e evolutiva, ao proteger os direitos dos povos indígenas, endossa:

“O direito ao respeito a sua identidade cultural específica e singular. Revisita o direito de propriedade privada (artigo 21 da Convenção Americana) para assegurar o direito de propriedade coletiva e comunal da terra, como base da vida espiritual e cultural dos povos indígenas, bem como de sua própria integridade e sobrevivência econômica. Avança na configuração dos danos espirituais (para além dos danos materiais e morais), à luz da dimensão temporal da existência humana e da responsabilidade dos vivos para com os mortos. Revisita, ainda, o direito à vida, acenando a sua acepção lata, para esclarecer que não se limitaria apenas à proteção contra a privação arbitrária da vida, mas demandaria medidas positivas em prol de uma vida digna, abrangendo o *right to project* e o *right to Project after life*”⁸⁵.

24.2.2. Extensão da jurisprudência da Corte Interamericana sobre ligação dos povos indígenas com suas terras e outras comunidades étnicas. Outro ponto muito importante do *Caso Comunidade Moiwana* é a afirmação da Corte IDH sobre o seu *objetivo jurisprudencial* de estender o entendimento acerca dos povos indígenas em relação às suas terras tradicionais a outras comunidades étnicas, como foi o caso do povo tribal N'djuka. A respeito do tema, Daniel Sarmiento, em parecer apresentado na ADI 3.239, que impugna o Decreto 4.887/2003, responsável por regulamentar o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT, cita o *Caso Comunidade Moiwana* para sustentar seu entendimento. Vejamos:

“É importante frisar que tal orientação não diz respeito exclusivamente aos povos indígenas, mas também a outras comunidades étnicas. Com efeito, em pelo menos dois casos, a Corte Interamericana valeu-se do mesmo entendimento para tutelar o direito à terra de comunidades negras formadas por descendentes de escravos no Suriname – comunidades em tudo similares aos remanescentes de quilombos brasileiros. O primeiro julgamento foi proferido no *Caso Comunidade Moiwana vs. Suriname*, decidido em 15 de junho de 2002”.

24.2.3. “Greening” e o sistema interamericano de direitos humanos. O tema do *esverdeamento dos direitos humanos* está cada vez mais presente na jurisprudência da Corte IDH. Também conhecido por *greening*, esse fenômeno consiste em proteger direitos de cunho ambiental nos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, que foram concebidos – inicialmente – para receber denúncias ou queixas sobre violações de direitos civis e políticos. Assim, é possível afirmar que no *Caso Comunidade Moiwana* houve um verdadeiro *esverdeamento dos direitos humanos*, e isso porque as normas ambientais foram protegidas, ainda que de forma indireta⁸⁶.

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 184.

⁸⁶ Sobre o tema, ver: TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *Greening no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2011. Veremos nos comentários ao *Caso Lagos del Campo* e também

25. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai

Sentença de 17.06.2005	<i>Mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 06.02.2006	<i>Interpretação da sentença de mérito, reparações e custas</i>

25.1. Resumo do caso

O caso versa sobre o direito de propriedade comunal da comunidade Indígena Yakye Axa, mais precisamente acerca de uma terra chamada “Chaco Paraguayo”, na qual a comunidade tradicional realizava a sua própria economia por meio da caça, pesca e coleta de frutos. No final do século XIX, grandes extensões de terra do Chaco Paraguayo foram vendidas pela Bolsa de Valores de Londres. A comunidade Yakye Axa vivia em Loma Verde, dentro do Chaco, mas os seus membros foram forçados a deixar sua terra e passaram a viver em El Estribo. No entanto, ao chegarem em El Estribo, foram proibidos de praticar suas festas e manifestações culturais, fato que os impediu de permanecer naquele local. Com isso, passaram a viver assentados em uma terra classificada pelo Estado paraguaio como “caminho público”, que ficava próxima de uma estrada, gerando grande perigo de acidentes envolvendo veículos automotores, tendo um, inclusive, provocado a morte de um jovem membro da comunidade e lesões corporais em outro. Assentados no “caminho público”, os membros da Yakye Axa foram proibidos de caçar, plantar, retirar lenha ou água, além de praticar suas manifestações culturais.

Após o processamento do caso, a Corte IDH emitiu sentença responsabilizando o Estado do Paraguai por violar o direito à vida dos membros da comunidade, afinal, ao deslocar forçadamente a Comunidade Yakye Axa da sua terra de origem, os membros da comunidade passaram a viver em um local totalmente inadequado, sem dignidade, o que ocasionou a morte de alguns membros.

25.2. Pontos importantes

25.2.1. Abrangência do art. 21 da CADH e a fixação de parâmetros para uma ponderação entre o direito de propriedade privada e o direito de propriedade comunal das comunidades tradicionais. Ao julgar o *Caso Yakye Axa*, a Corte IDH assentou o entendimento no sentido de que “(...) tanto a propriedade privada dos particulares como a propriedade comunitária dos membros das comunidades indígenas têm a proteção convencional concedida pelo artigo 21 da Convenção Americana” (Mérito, reparações e custas, § 143). No entanto, em que pese o suporte fático do art. 21 da CADH tutelar ambas as situações, a Corte fixou alguns parâmetros a serem utilizados em caso de conflito entre a propriedade privada e a propriedade comunal indígena (Mérito, reparações e custas, § 144), sendo eles: a) devem estar estabelecidas por lei; b) devem ser necessárias; c) devem ser proporcionais; e d) devem ser feitas com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática. Ainda sobre este tópico, a Corte IDH ponderou que, ao aplicar os parâmetros fixados, “Isto não significa que, sempre que estejam em conflito os in-

à Opinião Consultiva nº 23/2017 que a Corte IDH recentemente adotou um entendimento diverso, admitindo a proteção e a judicialização direta do direito ao meio ambiente.

teresses territoriais particulares ou estatais e os interesses territoriais dos membros das comunidades indígenas, prevaleçam os últimos sobre os primeiros. Quando os Estados estiverem impossibilitados, por razões concretas e justificadas, de adotar medidas para devolver o território tradicional e os recursos comunais dos povos indígenas, a compensação que se conceda deve ter como orientação principal o significado que possui a terra para elas” (Mérito, reparações e custas, § 149).

25.2.2. Concepção ampla do direito à identidade pessoal. Em voto dissidente conjunto, os juízes Cançado Trindade e Ventura Robles afirmaram que “A identidade pessoal não compreende unicamente conceitos estritamente biológicos, incluindo também aspectos tão variados como o patrimônio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profissional, social e familiar de uma pessoa, de modo que, no presente caso, ao ser lesada a identidade cultural da Comunidade Yakye Axa, também foi lesada a identidade pessoal de cada um dos membros que a integram. A Corte, na presente Sentença, se deteve na questão da personalidade jurídica da Comunidade indígena Yakye Axa, no direito interno paraguaio (pars. 83 e 84); entendemos que, além dessa questão, há de se ter sempre presente, em um plano distinto, a personalidade jurídica de cada um dos membros da Comunidade Yakye Axa no Direito Internacional dos Direitos Humanos, em particular à luz da Convenção Americana” (§ 5º). Assim, os juízes Cançado Trindade e Robles romperam com a clássica concepção do direito à identidade pessoal ligada a fatos estritamente biológicos, apresentando um entendimento que, se tivesse sido acolhido pela Corte Interamericana, certamente representaria um avanço na sua jurisprudência, uma vez que a Corte vem adotando essa concepção mais ampla de direito à identidade pessoal em suas decisões mais recentes.

25.2.3. Interpretação da CADH conforme os costumes da comunidade tradicional. No julgamento do *Caso Yakye Axa*, a Corte Interamericana também assentou que, “(...) considerando que o presente caso trata dos direitos dos membros de uma comunidade indígena, a Corte considera oportuno recordar que, de acordo com os artigos 24 (Igualdade perante a Lei) e 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da Convenção Americana, os Estados devem garantir, em condições de igualdade, o pleno exercício e gozo dos direitos destas pessoas que estão sujeitas à sua jurisdição. Entretanto, há de se ressaltar que para garantir efetivamente estes direitos, ao interpretar e aplicar sua normativa interna, os Estados devem levar em consideração as características próprias que diferenciam os membros dos povos indígenas da população em geral e que conformam sua identidade cultural. O mesmo raciocínio deve aplicar a Corte, como, com efeito, fará no presente caso, para apreciar o alcance e o conteúdo dos artigos da Convenção Americana, cuja violação a Comissão e os representantes imputam ao Estado” (Mérito, reparações e custas, § 51). Desse modo, a Corte Interamericana apenas seguiu a sua já consolidada jurisprudência no sentido de que, em casos envolvendo direitos das comunidades indígenas, a CADH deve ser interpretada à luz dos costumes indígenas, uma vez que o DIDHs é regido pelo princípio da máxima efetividade das normas de direitos humanos (*effet utile*).

26. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala

26.1. Resumo do caso

Em maio de 1997, o senhor Fermín Ramírez foi detido por um grupo de vizinhos em *Las Morenas*, Guatemala, e entregue à Polícia Nacional sob a alegação de que teria violentado sexualmente e assassinado a menor de idade Grindi Jasmín Franco Torres. O procedimento penal seguiu-se, primeiro, com a determinação da prisão preventiva de Fermín, encerrando-se com a condenação pelos crimes de estupro e homicídio, sendo-lhe imposta a pena de morte. Importante observar que o Ministério Público denunciou Fermín pelo crime de estupro qualificado pela morte da vítima, e não, portanto, pelo crime de homicídio. A sentença penal condenatória foi proferida logo após um debate oral e público, quando se discutiu tão somente a ocorrência do crime de estupro seguido de morte, sancionado com pena privativa de liberdade de até 50 anos de prisão. Durante o primeiro dia do debate, porém, o Tribunal advertiu às partes sobre a *possibilidade* de modificar a qualificação jurídica do crime, mas sem especificar qual delito poderia surgir desta mudança. Encerrados os debates, preclusa a oportunidade de o MP guatemalteco requerer a *requalificação jurídica* da conduta, ainda assim o MP pediu a imposição da pena de morte pelo crime de homicídio em sede de *alegações finais*, o que foi acolhido pelo Tribunal, não tendo havido qualquer informação à defesa de Fermín de que a referida *requalificação jurídica* da conduta poderia desencadear na condenação por crime sancionado com pena de morte. Fermín esgotou os recursos internos e não conseguiu reverter sua condenação à pena capital, suspensa por força de medidas provisórias concedidas pela Corte IDH.

Após o processamento do caso, a Corte IDH inicialmente entendeu por esclarecer que, no marco de um processo penal, “(...) os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos não funcionam como uma instância de apelação ou revisão de sentenças ditadas em processos internos”, ressaltando que a sua função é somente “(...) determinar a compatibilidade das atuações realizadas em ditos processos com a Convenção Americana” (Mérito, reparações e custas, § 62). Ainda neste momento preambular, a Corte IDH também advertiu, principalmente em razão de o fato envolver a morte violenta de uma jovem, que “a luta dos Estados contra o crime deve se desenvolver dentro dos limites e conforme os procedimentos que permitam preservar tanto a segurança pública como o pleno respeito aos direitos humanos daqueles que sejam submetidos à sua jurisdição” (Mérito, reparações e custas, § 63). Sobre o *mérito* do caso, a Corte IDH entendeu que o Estado violou o princípio da congruência ou da correlação, considerando uma “garantia fundamental do devido processo em matéria penal, que os Estados devem observar no cumprimento das obrigações previstas na Convenção” (Mérito, reparações e custas, § 68), já que não somente mudou a qualificação jurídica dos fatos imputados previamente ao senhor Fermín, mas, sobretudo, modificou a base fática da imputação, passando da qualificação do crime de estupro agravado pela morte à qualificação do crime de homicídio. Assim, entendeu a Corte IDH que o Poder Judiciário da Guatemala não poderia, de ofício e sem contraditórios entre as partes, agravar a situação jurídica do senhor Fermín. Na sequência, considerando que Fermín foi condenado à pena de morte em razão de o Poder Judiciário guatemalteco ter invocado o art. 132 daquele país, que justifica a pena capital quando se verificar, no caso concreto, um “juízo de periculosidade”, a Corte IDH apontou, primeiro, que tal previsão normativa “(...) constitui claramente uma expressão do exercício do ius puniendi estatal sobre a base das características pessoais do agente

e não do fato cometido”, substituindo, pois, “o Direito Penal do ato ou do fato, próprio do sistema penal de uma sociedade democrática, pelo Direito Penal do autor”, abrindo, então, “a porta do autoritarismo precisamente numa matéria em que estão em jogo os bens jurídicos da maior hierarquia” (Mérito, reparações e custas, § 94).

Finalmente, a Corte IDH determinou que o Estado procedesse com um novo julgamento do senhor Fermín, observando o devido processo. A Corte IDH também decidiu que a regulação do crime de homicídio, da forma como prevista no art. 132, § 2º, do Código Penal guatemalteco, viola a CADH, devendo o Estado, consequentemente, abster-se de aplicar a parte do referido artigo que dispõe sobre a “periculosidade” do agente e, ainda, modificá-lo dentro de um prazo razoável, suprimindo a referência à “periculosidade”. A Corte IDH ordenou, ainda, que a Guatemala se abstenha de aplicar a pena de morte ao senhor Fermín, independentemente do resultado do novo julgamento.

26.2. Pontos importantes

26.2.1. Pessoa física como *amicus curiae*. O jurista argentino Eugênio Raul Zaffaroni, que atualmente é um dos juízes da Corte IDH, se apresentou como *amicus curiae* no *Caso Fermín Ramírez* e foi admitido. Nenhum problema aqui, pois o art. 2.3 do Regulamento da Corte IDH estabelece que a expressão *amicus curiae* significa “a pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta à Corte fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula considerações jurídicas sobre a matéria do processo, por meio de um documento ou de uma alegação em audiência”.

26.2.2. Primeiro caso da Corte IDH sobre o tema “congruência ou correlação da acusação e a sentença”. Conforme fez constar o juiz García Ramírez em seu voto apresentado no julgamento do *Caso Fermín*, esta foi a primeira vez que a Corte IDH analisou a questão da *congruência ou correlação entre a acusação e a sentença*. A Corte Interamericana ressaltou que o princípio da congruência ou correlação é um corolário indispensável do direito de defesa, constituindo uma garantia fundamental do devido processo em matéria penal (Mérito, reparações e custas, § 68). Sobre o procedimento de modificação da base fática da acusação, a Corte IDH afirmou que “A necessária congruência entre a acusação e a eventual sentença justifica a suspensão do debate e o novo interrogatório do acusado, quando se pretende mudar a base fática da acusação. Se isso ocorre irregularmente, é violado o direito à defesa, na medida em que o acusado não conseguirá exercê-lo sobre todos os fatos que serão matéria da sentença” (Mérito, reparações e custas, § 74).

No Brasil, quem faz uma abordagem do *Caso Fermín* no âmbito processual penal é Gustavo Badaró, que registra: “A Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve oportunidade de analisar casos de violação da regra da correlação entre acusação e sentença. No caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala* foi apreciada a violação de vários direitos garantidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, entre eles o princípio da correlação entre acusação e sentença, com especial atenção para a mudança da qualificação jurídica dos fatos pelo tribunal, com base no princípio *iura novit curia*”⁸⁷.

26.2.3. Censura ao “juízo de periculosidade” e a inconvenção da reincidência.

⁸⁷ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 217.

A Corte IDH enfrentou um tema muito polêmico no julgamento do *Caso Fermín Ramírez*, que diz respeito ao “juízo de periculosidade” na legislação penal da Guatemala, mediante o qual se permitia ao juiz decidir pela aplicação ou não da pena de morte. Para a Corte Interamericana, a invocação da periculosidade constitui claramente “(...) uma expressão do exercício do ius puniendi estatal sobre a base das características pessoais do agente e não do fato cometido, isto é, substitui o Direito Penal do ato ou do fato, próprio do sistema penal de uma sociedade democrática, pelo Direito Penal do autor, que abre a porta do autoritarismo precisamente numa matéria em que estão em jogo os bens jurídicos de maior hierarquia” (Mérito, reparações e custas, § 94). Assim, concluiu a Corte que “(...) a introdução no texto penal da periculosidade do agente como critério para a qualificação típica dos fatos e para a aplicação de certas sanções é incompatível com o princípio da legalidade criminal e, por isso, contrário à Convenção” (Mérito, reparações e custas, § 96). A partir dessa censura da Corte Interamericana a respeito do “juízo de periculosidade” em legislações penais, o *Caso Fermín* passou a ser citado como um argumento contrário ao instituto da reincidência, que seria, consequentemente, inconvenção⁸⁸.

A nosso, ver, embora a Corte IDH não tenha afirmado claramente a inconvenção da reincidência com a CADH no julgamento do *Caso Fermín*, a *ratio decidendi* do precedente permite essa conclusão, pois a reincidência inevitavelmente implica numa consideração de *periculosidade* da pessoa não apenas pelo que ela *já fez* (crime anterior), mas também pelo que ela *é*, motivo pelo qual Roxin a considera como uma espécie de culpabilidade pela *condução da vida*, incompatível, portanto, com o princípio da culpabilidade pelo fato⁸⁹. Além disso, entendemos que a reincidência ainda viola – com mais clareza até – outra garantia prevista na CADH, que é a proibição do *bis in idem*, e isso porque, se o indivíduo já foi punido pelo crime X, ao receber a sanção pelo crime Y, praticado posteriormente àquele, se a sua pena for agravada pelo fato de ter, no passado, cometido o crime X, estará sendo punido duas vezes pelo crime X. Nesse sentido, a lição de Zaffaroni, ferrenho defensor da inconvenção e da inconstitucionalidade da reincidência, para quem a maior gravidade da pena do segundo crime é um *plus* de gravidade pelo primeiro crime, o que esbarra na proibição da dupla punição⁹⁰. Conforme veremos a seguir, o STF, sem sequer enfrentar ou mencionar a decisão da Corte IDH no *Caso Fermín*, considerou constitucional o instituto da reincidência.

26.3. Conexões com o Direito brasileiro

26.3.1. Pessoa física como *amicus curiae*. Resolvendo uma controvérsia jurisprudencial e doutrinária, o novo CPC assegurou a possibilidade da participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, como *amicus curiae* (art. 138, *caput*).

⁸⁸ Nesse sentido, ver: PEIXOTO, Marcos Augusto Ramos. Há motivos para reincidir na reincidência? *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 62, abr.-set. 2013, p. 231-250; Voto vencido do então juiz da Suprema Corte Argentina, Eugenio Raul Zaffaroni, no *Caso Taboada Ortiz*, Processo 6.457/2009.

⁸⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal* – parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 186.

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal* – parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 1057 e ss.

26.3.2. O princípio da congruência ou da correlação entre a acusação e a sentença. O CPP brasileiro admite que o juiz, sem modificar a *base fática* da acusação, atribua a esta nova definição jurídica, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave (art. 383). Trata-se da *emendatio libelli*. No caso de a nova definição jurídica decorrer de mudança da *base fática* da acusação, o CPP exige que se proceda com a *mutatio libelli*, que, diferente da *emendatio*, requer prévio contraditório entre as partes, devendo o MP apresentar o aditamento, com oitiva posterior da defesa, seguida de continuação da instrução e se encerrando com novo interrogatório do acusado e com a realização dos debates e do julgamento (art. 384).

26.3.3. Constitucionalidade da reincidência. No RE 453.000, rel. min. Marco Aurélio, Plenário, j. 04.04.2013, o STF, por unanimidade, decidiu pela constitucionalidade do instituto da reincidência. O *Caso Fermín* não foi sequer citado nos votos dos ministros.

27. Caso Yatama vs. Nicarágua

Sentença de 23.06.2005

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

27.1. Resumo do caso

Desde o começo da década de 1990, a organização indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka – popularmente conhecida como “YATAMA” –, que representa diversas comunidades indígenas na região da Costa Atlântica da Nicarágua, participava dos pleitos eleitorais regionais sob a forma de “Associação de Subscrição Popular”, em conformidade com as leis eleitorais nicaraguenses de 1990 e 1996. Por mais de uma década, as comunidades indígenas foram representadas pela YATAMA por meio desse modelo de Associação de Subscrição Popular, de tal forma que, para as comunidades indígenas residentes na Costa Atlântica da Nicarágua, já era costumeiro que seus representantes concorressem aos pleitos eleitorais conforme esse modelo. Ocorre que, em janeiro de 2000, a Nicarágua promulgou uma reforma de sua legislação eleitoral, extinguindo o modelo de Associação de Subscrição Popular. Devido a essa mudança, a organização YATAMA se viu obrigada a converter-se no formato de “Partido Político” previsto na nova legislação para que pudesse continuar a concorrer aos pleitos eleitorais no Estado da Nicarágua. As comunidades indígenas afetadas pela mudança da legislação eleitoral jamais haviam se organizado daquela forma, dado que já era uma tradição na região da Costa Atlântica a organização por meio de Associação Popular. Assim, o partido regional indígena se viu obrigado a realizar uma aliança com o partido Los Pueblos Costeños para que pudessem ter chances de lograr algum êxito nas eleições que estavam por vir, eis que a mudança legislativa exigia que o partido indígena (ou aliança) possuisse candidatos em 80% dos municípios. Após a formação dessa aliança, o Conselho Superior Eleitoral da Nicarágua expediu uma resolução afirmando que o partido Los Pueblos Costeños, aliado do agora partido YATAMA, não havia preenchido os requisitos necessários para concorrer ao pleito eleitoral. Em nenhum momento, na resolução expedida, o Conselho Superior Eleitoral da Nicarágua mencionou o partido YATAMA. Tais fatos ocasionaram um elevadíssimo nível de abstenção no pleito eleitoral, pois boa parte do eleitorado da Nicarágua,

composto por membros de comunidades indígenas, não estava adequadamente representada, diante da exclusão do partido YATAMA. A controvérsia não foi dirimida na CIDH, que submeteu, então, a demanda à Corte IDH.

Após o processamento do caso, a Corte Interamericana decidiu que o Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua, ao expedir resoluções que excluíram o partido YATAMA das eleições de 2000, não observou o dever de motivação e, portanto, violou as garantias judiciais previstas na CADH (art. 8.1 c/c art. 1.1). A Corte IDH também entendeu que houve violação do art. 25.1 c/c o art. 2º, ambos da CADH, eis que não houve recurso efetivo posto à disposição dos prejudicados contra as decisões do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua. Ainda segundo a Corte Interamericana, houve violação do princípio da igualdade e da não discriminação, ambos considerados normas de *jus cogens* pela comunidade internacional.

27.2. Pontos importantes

27.2.1. Primeiro caso em que a Corte IDH se deparou com matéria eleitoral. O *Caso Yatama* é paradigmático na jurisprudência da Corte Interamericana, pois foi o primeiro precedente envolvendo matéria eleitoral. A Corte também se pronunciou sobre matéria eleitoral nos casos *López Mendoza vs. Venezuela* e *Castañeda Gutman vs. México*, ambos analisados nesta obra.

27.2.2. Primeira vez em que a Corte IDH se pronunciou em um caso concreto a respeito do sentido e alcance do direito à igualdade e do dever de não discriminação. Embora a Corte IDH houvesse, dois anos antes do *Caso Yatama*, emitido a OC 16 acerca das dimensões do princípio da igualdade e da não discriminação, o *Caso Yatama* foi o primeiro precedente em que se pronunciou sobre o tema num caso concreto⁹¹.

27.2.3. Discriminação indireta e teoria do impacto desproporcional. A alteração da legislação eleitoral no Estado da Nicarágua exigiu a mudança de algumas condições de elegibilidade. Embora tais exigências não sejam ilegais, elas acabaram afetando as comunidades indígenas da região da Costa Atlântica da Nicarágua. Assim, as comunidades indígenas, que já estavam acostumadas, há mais de uma década, a concorrer por meio de Associação Popular, tiveram seu modelo costumeiro de participação política violado em razão das alterações legislativas. As comunidades indígenas foram afetadas de forma desproporcional, já que outros segmentos da população da Nicarágua foram pouco afetados pelas alterações legislativas, eis que não encontraram dificuldades em inscrever candidatos em 80% dos municípios, conforme determinou a alteração legislativa. Desse modo, a Corte IDH entendeu que houve violação ao princípio da igualdade

⁹¹ Nesse sentido, a lição de Isabel Penido de Campos Machado: “Foi então que, pela primeira vez, a Corte se pronunciou em um caso concreto a respeito do sentido e alcance do direito à igualdade e do dever de não discriminação. O *Caso Yatama vs. Nicarágua*, que versava sobre a discriminação de um grupo político indígena nas eleições do Estado da Nicarágua seguiu toda a evolução jurisprudencial que havia sido construída na Opinião Consultiva dos migrantes ilegais” (MACHADO, Isabel Penido Campos. O princípio da igualdade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: do tratamento diferenciado ao tratamento discriminatório. In: OLIVEIRA, Márcio Luis (coord.). *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: interfaces com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 133).

material, tendo em vista a *discriminação indireta* (ou *impacto desproporcional*) causada pela alteração da legislação eleitoral do Estado da Nicarágua. A discriminação aos povos indígenas pode ser encarada como indireta, tendo em vista que a mudança do diploma eleitoral regulou alterações em todo o Estado da Nicarágua e para todos os candidatos, modificando as regras eleitorais. Entretanto, os efeitos causados pela norma eleitoral causaram impactos desproporcionais apenas às comunidades indígenas, que já estavam acostumadas a se candidatar por meio de Associação Popular. Avaliou-se que não houve intenção do Governo da Nicarágua de prejudicar ou atingir especificamente um grupo de eleitores; as comunidades indígenas foram prejudicadas de forma colateral pela mudança na legislação eleitoral, o que caracterizaria a *discriminação indireta*⁹².

Nesse sentido, para aferir possíveis discriminações indiretas, a doutrina americana criou a *teoria do impacto desproporcional* (*disparate impact doctrine*)⁹³. Segundo a *teoria do impacto desproporcional*, é possível que se constatem violações ao princípio da igualdade quando os efeitos práticos de determinadas normas, de caráter aparentemente *neutro*, causem um dano excessivo, ainda que não intencional, aos integrantes de determinados grupos vulneráveis. Essa teoria foi importada dos EUA pelo ex-ministro do STF, Joaquim Barbosa, ao escrever sobre o tema em sua tese de doutorado. Segundo Joaquim Barbosa, a *teoria do impacto desproporcional* consiste na ideia de que “toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas”⁹⁴.

⁹² Sobre o conceito de *discriminação indireta*, explica André de Carvalho Ramos: “Por sua vez, a discriminação injusta que é combatida pode ser direta ou indireta (também chamada de invisível). A discriminação direta consiste na adoção de prática intencional e consciente que adote critério injustificável, discriminando determinado grupo e resultando em prejuízo ou desvantagem. A discriminação indireta é mais sutil: consiste na adoção de critério aparentemente neutro (e, então, justificável), mas que, na situação analisada, possui impacto negativo desproporcional em relação a determinado segmento vulnerável” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 479).

⁹³ A *teoria do impacto desproporcional* surgiu no precedente americano *Griggs vs. Duke Power Co.* Em breve síntese, a empresa Duke Power promovia um “teste de inteligência”, sem qualquer relação com conhecimentos relacionados ao cargo em exercício, para selecionar quais de seus funcionários eram merecedores de ascender no quadro da empresa. Embora a medida adotada pela empresa aparentasse certa neutralidade e idoneidade na seleção de seus funcionários, seu resultado acabava por segregar os candidatos negros, que, por questões históricas, possuíam um nível educacional inferior. Desse modo, por meio da aplicação da *teoria do impacto desproporcional*, a Suprema Corte norte-americana entendeu que o teste violava o princípio da igualdade material.

⁹⁴ GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24. Ainda sobre a *teoria do impacto desproporcional*, leciona Daniel Sarmento: “Também é de grande importância a discriminação indireta, correlacionada à teoria do impacto desproporcional. Esta teoria pode ser utilizada para impugnar medidas públicas ou privadas aparentemente neutras do ponto de vista racial, mas cuja aplicação concreta resulte, de forma intencional ou não, em manifesto prejuízo para minorias estigmatizadas. A discriminação indireta difere da discriminação de facto porque, nesta segunda, a norma pode ser aplicada de forma compatível com a igualdade. Já na discriminação indireta, tem-se uma medida cuja aplicação fatalmente irá desfavorecer um grupo vulnerável” (SARMENTO, Daniel. “De Facto”, *Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa*. *Livres e iguais*:

Por fim, cumpre ressaltar que, no *Caso Artavia Murillo*, precedente que versa sobre a proibição da técnica de fecundação *in vitro*, a Corte IDH afirmou que esta teve um *impacto desproporcional* nos casais inférteis que não contavam com os recursos econômicos para realizar a FIV no exterior. Trata-se, portanto, de outro precedente internacional no qual a Corte Interamericana utilizou a *teoria do impacto desproporcional*.

27.3. Conexões com o Direito brasileiro

27.3.1. Salário-maternidade e impacto desproporcional. Embora o STF não tenha mencionado expressamente a *teoria do impacto desproporcional*, entende-se que esta foi aplicada no julgamento da ADI 1.946 (rel. min. Sydney Sanches, Plenário, j. 03.04.2003), caso em que o Supremo examinou a constitucionalidade da incidência do limite dos benefícios previdenciários de R\$ 1.200,00, estabelecido pela EC 20, sobre o salário-maternidade. Nesse caso, o STF concluiu, por unanimidade, que se aceitasse que o encargo excedente fosse pago pelo empregador, uma regra aparentemente neutra (teto previdenciário) ocasionaria um impacto desproporcional na empregabilidade da mulher, pois além de se ocasionar um aumento de custo para o empregador, tal situação ocasionaria um verdadeiro efeito reverso, já que as mulheres passariam a ser preteridas no mercado de trabalho⁹⁵.

27.3.2. Recepção ou não do crime de pederastia previsto no art. 235 do Código Penal Militar (CPM) e a teoria do impacto desproporcional. Recentemente, o STF julgou parcialmente procedente a ADPF 291, que questionava a constitucionalidade (recepção ou não) do art. 235 do Código Penal Militar (CPM) pela Constituição Federal de 1988 (rel. min. Roberto Barroso, Plenário, j. 28.10.2015). O CPM trata como crime sexual a “pederastia ou outro ato de libidinagem” e estabelece pena de detenção de seis meses a um ano ao “militar que praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar”. O STF declarou como não recepcionados pela CF os termos “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” expressos no dispositivo do CPM. Neste julgamento, o min. Luís Roberto Barroso (relator) fez menção expressa à *teoria do impacto desproporcional* como um argumento contrário à recepção do crime de pederastia. Vejamos: “Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, é, na prática, empregado de forma discriminatória, produzindo maior impacto sobre militares gays. Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*), originária da jurisprudência norte-americana. Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade”. Foi a primeira vez que o STF mencionou de

estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 148-149).

⁹⁵ Ainda sobre a ADI 1.946, a lição de André de Carvalho Ramos: “Caso a interpretação concluísse que o excedente seria pago pelo empregador, a regra aparentemente neutra (limite a todos os benefícios) teria um efeito discriminatório no mercado de trabalho e um impacto desproporcional sobre a empregabilidade da mulher, pois aumentariam os custos para o patrão. Com isso, a regra teria um efeito de discriminação indireta, contrariando a regra constitucional proibitiva da discriminação, em matéria de emprego, por motivo de sexo” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos...*, p. 479).

forma expressa a *teoria do impacto desproporcional*.

27.3.3. Criminalização do aborto e impacto desproporcional. Um dos temas mais polêmicos no Direito e na sociedade, sempre gerador de muitas discussões, é a possibilidade de descriminalizar o crime de aborto. Deixadas de lado as questões filosóficas, éticas e religiosas sobre o tema, um dos argumentos levantados pelos defensores de uma descriminalização do delito de aborto é que a sua tipificação geraria uma *discriminação indireta*. Segundo os defensores dessa ideia, ainda que a tipificação do delito previsto no art. 123 do Código Penal não ocasione uma discriminação direta e intencional, o simples fato de a prática do aborto ser considerada crime no Brasil ocasionaria um impacto desproporcional às mulheres negras e de baixa escolaridade. Estes foram, inclusive, os argumentos utilizados pelo min. Roberto Barroso no julgamento do HC 124.306, no qual a 1ª Turma do STF mencionou a possibilidade de se admitir a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação provocado pela própria gestante ou com seu consentimento, excepcionando os arts. 124 e 126 do Código Penal, respectivamente⁹⁶.

27.3.4. Ações afirmativas e impacto desproporcional. O critério das ações afirmativas foi o que originou todas as discussões sobre a discriminação indireta e a *teoria do impacto desproporcional*, eis que o autor que trouxe essa teoria ao Brasil, o ex-ministro do STF, Joaquim Barbosa, realizou sua tese acadêmica nos EUA sobre ações afirmativas e o princípio da igualdade. A controvérsia reside sobre a forma de ingresso no ensino superior dos EUA, uma vez que lá se exige o exame de proveniência escolar para averiguar quais escolas foram frequentadas por determinado aluno. Em um primeiro momento, tal método de ingresso parece ser absolutamente aceitável. No entanto, considerando que a maioria da população negra e pobre vem de escolas consideradas de péssimo ou baixo nível, a medida toma um novo cunho porque possibilitará apenas o ingresso de pessoas brancas das universidades americanas, ou pelo menos em sua maioria esmagadora.

27.3.5. Exigência de representação da vítima mulher para início da ação penal relativa a crime de lesões corporais leves praticado no ambiente doméstico e impacto desproporcional. Na ADI 4.424, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, uma das teses sustentadas para declarar inconstitucional a exigência de representação nos crimes de lesão contra a mulher no âmbito da violência doméstica e familiar foi a *teoria do impacto despro-*

⁹⁶ “Por fim, a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito. (...) De um lado, já se demonstrou amplamente que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade” (HC 124.306, voto do min. Roberto Barroso, j. 29.11.2016). O Tribunal de Justiça da União Europeia também tem usado a *teoria do impacto desproporcional* para coibir as discriminações indiretas no campo da igualdade de gênero. Nesse sentido, ver o *Caso Bilka-Kaufhaus vs. Von Hartz*.

porcional, uma vez que a exigência da representação para o início da ação penal relativa a crime de lesões corporais no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher acaba por gerar um impacto desproporcional às mulheres vítimas dessa violência, uma vez que, por razões históricas, perpetua-se um quadro de impunidade (ADI 4.424, rel. min. Marco Aurélio, Plenário, j. 09.02.2012).

27.3.6. As duas dimensões do princípio da igualdade: discriminação positiva versus discriminação negativa. A primeira dimensão do princípio da igualdade é a denominada vedação da discriminação negativa. Trata-se da concepção clássica de igualdade, qual seja, a proibição de discriminação indevida e injustificada. À luz da proibição desse tipo de discriminação, exige-se que as normas jurídicas nacionais e internacionais sejam aplicadas a todos indistintamente⁹⁷. Já a segunda dimensão do princípio da igualdade é a denominada discriminação positiva, também conhecida como ação afirmativa. Esta dimensão se assemelha à concepção de igualdade material proposta por Aristóteles, já que a discriminação positiva impõe um *facere* por parte do Estado (embora ações afirmativas também possam ser realizadas por particulares) para corrigir determinada situação de desigualdade. Sobre este tema, importante anotar que o STF reconheceu a constitucionalidade da lei que versava sobre cotas raciais na UnB (ADPF 186, rel. min. Ricardo Lewandowski, Plenário, j. 26.04.2012). O STF decidiu no mesmo sentido no julgamento da ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, Plenário, j. 03.05.2012 (ADI do ProUni). Ambos os casos podem ser utilizados como materialização de uma discriminação positiva em nosso ordenamento jurídico.

28. Caso Acosta Calderón vs. Equador

Sentença de 24.06.2005

Mérito, reparações e custas

28.1. Resumo do caso

Os fatos deste caso dizem respeito à prisão do senhor Acosta Calderón, de nacionalidade colombiana, em novembro de 1989, no Equador, pela polícia militar da alfândega, sob a suspeita de cometimento do crime de tráfico de drogas, já que trazia consigo uma maleta na qual guardava substância que a polícia presumiu se tratar de cocaína. Logo após sua detenção, Acosta Calderón não foi notificado sobre o seu direito à assistência consular nem foi conduzido à presença de uma autoridade judicial. Concluída a investigação em 1993, o Ministério Público se absteve de denunciar o senhor Acosta Calderón, pois não havia sido encontrada a suposta droga apreendida, motivo pelo qual, na sua

⁹⁷ Sobre este ponto, vejamos a lição de André de Carvalho Ramos: “Há duas dimensões da igualdade. A primeira dimensão consiste na proibição de discriminação indevida e, por isso, é denominada vedação da discriminação negativa. (...) Na primeira dimensão, concretiza-se a igualdade exigindo-se que as normas jurídicas sejam aplicadas a todos indistintamente, evitando discriminações odiosas. A discriminação odiosa consiste em qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, sexo ou orientação sexual, religião, convicção política, nacionalidade, pertença a grupo social ou outro traço social que objetiva ou gera o efeito de impedir ou prejudicar a plena fruição em igualdade de condições dos direitos humanos” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 504).

opinião, desaparecia a responsabilidade penal do investigado. Porém, em julho de 1994 se revogou o auto de suspensão do processo e se ditou, a partir de requerimento do Ministério Público, um auto de abertura da acusação contra Acosta Calderón, que continuou preso. Em dezembro de 1994, Acosta Calderón foi condenado a uma pena de 9 anos de reclusão e também ao pagamento de uma multa. O senhor Acosta Calderón permaneceu preso por seis anos e oito meses, sendo cinco anos e um mês por prisão preventiva.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado violou o direito do senhor Acosta Calderón a ser conduzido sem demora à presença de uma autoridade judicial (CADH, art. 7.5), o direito do acusado de recorrer a um juiz ou tribunal competente para questionar sua prisão (CADH, art. 7.6), o direito a ser julgado num prazo razoável (CADH, art. 8.1), o direito à presunção de inocência por ter sido preso e condenado a partir exclusivamente de uma declaração policial, sem a comprovação técnica de que a substância apreendida era droga (CADH, art. 8.2), entre outros direitos assegurados pela Convenção. E assim, finalmente, a Corte impôs ao Equador, entre outras obrigações, a de eliminar os antecedentes do senhor Acosta Calderón relacionados a este caso e a de pagar uma indenização pelos danos morais e materiais causados à vítima.

28.2. Pontos importantes

28.2.1. Condenação por tráfico de drogas sem perícia na substância apontada como sendo entorpecente. A Corte IDH se deparou com um cenário peculiar no *Caso Acosta Calderón*, em que os policiais apreenderam com o acusado uma “pasta” que, presumidamente, seria cocaína. A legislação interna exigia que se emitisse um relatório pericial sobre a natureza da substância apreendida. Ocorre que o Estado não cumpriu esse expediente e ainda extraviou aquela “pasta”, nunca tendo realizado, portanto, a referida análise química. Em que pese este cenário de fragilidade probatória quanto à materialidade do crime, o Poder Judiciário equatoriano manteve o senhor Calderón preso por mais de cinco anos e lhe condenou pelo crime de tráfico de drogas, valendo-se exclusivamente dos depoimentos dos policiais responsáveis pelo flagrante. Para a Corte IDH, o Estado violou o princípio da presunção de inocência (CADH, art. 8.2), pois tratou o senhor Calderón como culpado mesmo não havendo prova idônea sobre a materialidade do crime de tráfico de drogas (Mérito, reparações e custas, §§ 114 e 115). A partir desta conclusão, podemos afirmar que a Corte IDH considera incompatível com a presunção de inocência dois possíveis cenários: a) processo e condenação por crime de tráfico de drogas sem apreensão da substância; e b) processo e condenação por crime de tráfico de drogas com apreensão da substância, mas sem a realização da prova pericial para se determinar a natureza daquela.

28.2.2. Informação sobre os motivos da prisão. Estabelece o art. 7.4 da CADH que “Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela”. No julgamento do *Caso Acosta Calderón*, a Corte IDH adotou uma interpretação restritiva daquele preceito convencional, afirmando a desnecessidade de sua observância quando se tratar de prisão em flagrante, circunstância em que cabe supor que o cidadão conhecerá a razão de sua detenção (Mérito, reparações e custas, § 73). Esse entendimento da Corte IDH merece ser criticado, pois além de criar uma exceção em que o legislador interamericano assim não o fez

– muito pelo contrário, estabeleceu que *toda* pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção –, acabou conferindo à prisão em flagrante uma *autossuficiência comunicativa*, como se todo e qualquer cidadão que for preso nesta circunstância conheça as razões da sua detenção. Veremos a seguir, nos comentários do *Caso López Álvarez vs. Honduras*, que a Corte IDH mudou de entendimento, adotando uma interpretação menos restritiva do art. 7.4 da CADH.

28.2.3. Excepcionalidade da prisão preventiva. A Corte IDH reiterou no julgamento do *Caso Acosta Calderón* o seu entendimento consolidado a respeito da excepcionalidade da prisão preventiva, destacando se tratar da “(...) medida mais severa que se pode aplicar ao acusado de um delito, motivo pelo qual sua aplicação deve ter um caráter excepcional, em virtude de que se encontra limitada pelos princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis numa sociedade democrática” (Mérito, reparações e custas, § 74), e destacando, também, que “(...) a prisão preventiva é uma medida cautelar, não punitiva. A prolongação arbitrária de uma prisão preventiva a converte num castigo quando se inflige sem que se tenha demonstrado a responsabilidade penal da pessoa a quem se lhe aplica essa medida” (§ 75).

28.2.4. Audiência de custódia e o simples conhecimento por parte de um juiz sobre a prisão. Estabelece o art. 7.5 da CADH que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”. Afirmou a Corte IDH no julgamento do *Caso Acosta Calderón* que “O simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz esta garantia [do art. 7.5], já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente” (Mérito, reparações e custas, § 78).

28.2.5. Audiência de custódia e apresentação da pessoa presa a um “Agente Fiscal do Ministério Público”. O senhor Acosta Calderón foi apresentado a um “Agente Fiscal do Ministério Público”. Para a Corte IDH, restou não observado o art. 7.5 da CADH, que deve ser interpretado em conjunto com o art. 8.1 da Convenção, de modo que a autoridade autorizada por lei a exercer as funções judiciais deve ser competente, independente e imparcial. Assim, afirmou a Corte IDH que “(...) o Agente Fiscal do Ministério Público que recebeu a declaração pré-processual do senhor Acosta Calderón não estava dotado de atribuições para ser considerado ‘funcionário autorizado para exercer funções judiciais’, no sentido do artigo 7.5 da Convenção (...)” (Mérito, reparações e custas, § 80)⁹⁸.

28.2.6. Prazo razoável: definição dos termos inicial e final para contagem. A Corte IDH considerou que o Estado equatoriano violou a garantia do prazo razoável (CADH, art. 7.5), pois o processo movido contra o senhor Acosta Calderón durou mais de cinco anos. Na ocasião, a Corte reiterou a sua jurisprudência de que, para examinar a razoabilidade do prazo, devem ser observados três requisitos: a) complexidade do assunto; b) atividade processual do interessado; e c) a conduta das autoridades judiciais.

A Corte IDH também enfrentou um tema complexo, que diz respeito à definição dos termos inicial e final para a contagem do prazo do processo, definindo que o primeiro

⁹⁸ Sobre o tema, ver: PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro...*, p. 60-66.

coincide com a prisão do indivíduo e que o segundo ocorre com a prolação da *sentença definitiva* (Mérito, reparações e custas, § 104). Esse posicionamento da Corte IDH, porém, deixa duas questões em aberto: a) qual será o termo inicial para contagem do prazo quando não houver prisão do indivíduo?; e b) *sentença definitiva* quer dizer aquela proferida ou confirmada pelo Tribunal no segundo grau, esgotando-se as possibilidades de discussão dos fatos, ou somente aquela que ocorre após o *trânsito em julgado*, incluindo, portanto, os recursos extraordinários? Veremos mais à frente, nos comentários do *Caso López Álvarez vs. Honduras*, que a Corte IDH avançou um pouco para esclarecer estas questões.

28.2.7. Presença da defesa técnica no interrogatório realizado na fase investigatória. A Corte IDH censurou o fato de o senhor Acosta Calderón ter sido ouvido na fase investigatória sem a presença de um advogado, considerando tal circunstância contrária ao art. 8.2.d da CADH (Mérito, reparações e custas, §§ 124, 125 e 126)⁹⁹.

28.3. Conexões com o Direito brasileiro

28.3.1. Presença da defesa técnica no interrogatório realizado na fase investigatória¹⁰⁰.

A CF prevê que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado” (art. 5º, LXIII). Embora o texto constitucional pareça assegurar a assistência jurídica na investigação somente para o preso, tal garantia também se estende, a nosso ver, para o cidadão investigado em liberdade, interpretação que podemos obter a partir de um cotejo com o art. 5º, LV, da Constituição, que assegura a ampla defesa e o contraditório aos “acusados em geral”, tratando-se a defesa técnica dos meios ou recursos inerentes à contraditoriedade garantida. A justificativa da defesa técnica na fase investigativa está na vulnerabilidade do sujeito passivo. Tratando-se de investigado preso, tal vulnerabilidade ainda se agrava, podendo gerar, na esteira do que preveem as 100 Regras de Brasília, “*dificuldades para [o investigado] exercer com plenitude perante o sistema de justiça os restantes direitos dos quais é titular (...)*” (art. 10.22). Quanto à assistência jurídica no momento do interrogatório na fase investigativa, predomina no Brasil o entendimento pela sua não obrigatoriedade. O STF já decidiu, a propósito, que “O Estado não tem o dever de manter advogados nas repartições públicas para assistir interrogatórios de presos; a Constituição assegura, apenas, o direito de o preso ser assistido por advogado na fase policial” (HC 73.898, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, j. 21.05.1996). Por fim, importante ressaltar que, recentemente, a Lei 13.245/2016 alterou o EOAB (Lei 8.906/1994) para estabelecer como direito do advogado “assistir a seus clientes durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração” (art. 7º, XXI); e completa a alínea a, “apresentar razões e quesitos”. O ideal, porém, seria que a matéria fosse tratada

⁹⁹ Sobre o tema, com indicação de diversas outras fontes doutrinárias e também de outros precedentes da Corte IDH, ver: PAIVA, Caio. *Prática penal para Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 150-152.

¹⁰⁰ Tópico escrito com base em: PAIVA, Caio. *Prática penal para Defensoria Pública...*, p. 150-152.

no CPP como uma garantia do acusado, e não no EOAB como um *direito* do advogado.

29. Caso das Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana

Sentença de 08.09.2005	<i>Exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 23.11.2006	<i>Interpretação da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>

29.1. Resumo do caso

Os fatos deste caso se iniciaram em março de 1997, quando representantes legais das meninas Dilcia Yean e Violeta Bosico compareceram perante autoridades de registro civil para solicitar o registro tardio de seus nascimentos. As meninas, que tinham, respectivamente, 10 meses e 12 anos de idade, haviam nascido na República Dominicana e sua ascendência era haitiana. As autoridades de registro civil negaram a emissão dos documentos de nascimento, fazendo com que as meninas Yean e Bosico permanecessem como apátridas, em situação de contínua ilegalidade e vulnerabilidade social, prejudicando-as no acesso à documentação pessoal, indispensável para estudar em escolas públicas e para buscar serviços de saúde e de assistência social. Em março de 1999, quando a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana, as meninas Yean e Bosico ainda não tinham seus documentos de nascimento nem a nacionalidade dominicana. As vítimas deste caso não dispuseram de um recurso judicial efetivo para questionar a denegação dos seus direitos. Como consequência de medida cautelar determinada pela CIDH, em setembro de 2001 o Estado outorgou às meninas Yean e Bosico seus registros de nascimento.

Após o processamento do caso, considerando a legislação da República Dominicana quanto ao registro de nascimento tardio, que exige menos requisitos para menores de 13 anos, a Corte IDH assentou que o Estado demandado descumpriu sua própria lei e atuou de forma arbitrária, sem critérios razoáveis ou objetivos e de forma contrária ao interesse superior da criança, o que constituiu em tratamento discriminatório em prejuízo das meninas Yean e Bosico. Sobre a burocracia para comprovar o nascimento no território dominicano, a Corte estabeleceu que os requisitos "(...) devem ser razoáveis e não podem representar um obstáculo para o acesso ao direito à nacionalidade" (§ 171). Assim, considerando que a denegação do direito à nacionalidade por razões discriminatórias implicou em inúmeros prejuízos às vítimas, em especial no que diz respeito ao acesso a direitos sociais e ao temor de serem expulsas do país do qual eram nacionais, a Corte IDH decidiu que a República Dominicana descumpriu sua obrigação de garantir os direitos consagrados na CADH, notadamente aqueles previstos nos arts. 20 (nacionalidade) e 24 (igualdade), em relação com o art. 19 (direitos da criança). Na sequência, a Corte ressaltou que a privação da nacionalidade teve como resultado a violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica e ao nome assegurados nos arts. 3º e 18 da CADH. Constatando todo o sofrimento das vítimas, assim como a insegurança a que foram submetidas, a Corte IDH também decidiu que o Estado violou o direito à integridade pessoal (CADH, art. 5º). Finalmente, entre outros comandos, a Corte IDH

decidiu que a República Dominicana deve adotar em seu direito interno, dentro de um prazo razoável, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra índole que sejam necessárias para regular o procedimento e os requisitos que autorizam a aquisição da nacionalidade dominicana mediante a declaração tardia de nascimento. A Corte ressaltou que esse procedimento deve ser fácil, acessível e razoável, pois, de outra forma, os solicitantes podem ficar em condição de apátridas. Além disso, deve existir um recurso efetivo para os casos em que seja denegada a solicitação. A Corte IDH também entendeu por condenar o Estado demandado ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos pelas vítimas.

29.2. Pontos importantes

29.2.1. Gravidade especial quando a violação de direitos humanos atingir crianças. A Corte IDH ressaltou que revestem especial gravidade os casos em que as vítimas de violações de direitos humanos são crianças, pois “A prevalência do interesse superior da criança deve ser entendida como a necessidade de satisfação de todos os direitos dos menores, que obriga o Estado e irradia efeitos na interpretação de todos os demais direitos da Convenção quando o caso se referir a menores de idade” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 134).

29.2.2. Restrição da discricionariedade para definir quem é nacional. No julgamento do *Caso das Meninas Yan e Bosico*, a Corte reiterou seu entendimento antes afirmado no *Caso Ivcher Bronstein* e declarou que, embora a determinação de quem é nacional siga como uma competência interna dos Estados, a discricionariedade nessa matéria sofre um constante processo de restrição conforme a evolução do Direito Internacional, de modo que, na atual fase do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a discricionariedade dos Estados “(...) está limitada, por um lado, por seu dever de ofertar aos indivíduos uma proteção igualitária e efetiva da lei e sem discriminação e, por outro lado, por seu dever de prevenir, evitar e reduzir a apatridia” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 140).

29.2.3. Obrigação de evitar a apatridia. A Corte IDH ressaltou a obrigação dos Estados de evitarem a apatridia, que tem como consequência impossibilitar o gozo dos direitos civis e políticos de uma pessoa, e de lhe colocar em condição de extrema vulnerabilidade (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 142), comprometendo, inclusive, o livre desenvolvimento da personalidade, notadamente quando se tratar de crianças (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 167). Importante observar que a Corte IDH dialogou com o sistema universal de proteção dos direitos humanos, citando a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, de 1961, cujo art. 8.1 estabelece que “Os Estados Contratantes não privarão uma pessoa de sua nacionalidade se essa privação vier a convertê-la em apátrida”.

29.2.4. Apátridas de direito e apátridas de fato. Em seu voto no *Caso das Meninas Yean e Bosico*, o juiz Cançado Trindade diferenciou os *apátridas de fato* dos *apátridas de direito*:

“A persistência das causas de apatridia conforma um quadro preocupante, porque a posse de nacionalidade se afigura como um pré-requisito básico

para o exercício de outros direitos individuais, como, *v.g.*, os direitos políticos, o direito de acesso à educação e aos cuidados de saúde, entre tantos outros. Hoje em dia, aos apátridas *de jure* se somam os apátridas *de facto*, *i.e.*, os incapazes de demonstrar sua nacionalidade e os desprovidos de uma nacionalidade efetiva (para os efeitos de proteção). Os apátridas *de facto* – que muitas vezes têm seus documentos de registro confiscados ou destruídos por aqueles que os controlam e os exploram – se multiplicam atualmente, com a barbárie contemporânea do tráfico ‘invisível’ de seres humanos (sobretudo de crianças e de mulheres) em escala mundial. Esta é uma tragédia contemporânea de amplas proporções” (§ 11).

29.2.5. Direito ao nome como elemento indispensável da identidade da pessoa. Estabelece o art. 18 da CADH que “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”. No julgamento do *Caso das Meninas Yan e Bosico*, a Corte IDH ressaltou que o direito ao nome constitui um elemento básico e indispensável da identidade de cada pessoa (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 182), consignando que os Estados têm a obrigação não somente de proteger o direito ao nome, mas também de ofertar as medidas necessárias para facilitar o registro da pessoa imediatamente após o seu nascimento (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 183). Os nomes e os sobrenomes, concluiu a Corte IDH, “(...) são essenciais para estabelecer formalmente o vínculo existente entre os diferentes membros da família com a sociedade e com o Estado (...)” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 184)¹⁰¹.

30. Caso Raxcacó vs. Guatemala

Sentença de 15.09.2005	<i>Mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 06.02.2006	<i>Interpretação da sentença de mérito, reparações e custas</i>

30.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a denúncia apresentada pela CIDH, por meio da qual inicialmente alega que, na data em que a Guatemala depositou o instrumento de ratificação da CADH, encontrava-se vigente o Código Penal guatemalteco, cujo art. 201 estabelecia a pena de morte para o crime de sequestro seguido de morte da vítima, punindo a mesma conduta típica sem resultado morte com pena privativa de liberdade de oito a quinze anos. O citado art. 201 do Código Penal da Guatemala foi objeto de três modificações. A primeira reforma, em 1994, dispôs que a pena de morte seria aplicada quando a vítima fosse menor de doze ou maior de sessenta anos, e ainda quando o sequestrado falecesse ou resultasse com lesões graves ou gravíssimas ou com traumas psíquicos ou psicológicos

¹⁰¹ Sobre o tema, ver: BELOFF, Mary. Comentário ao artigo 18. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014. p. 427-444.

permanentes em consequência do sequestro. A segunda reforma, em 1995, estabeleceu que o autor do crime de sequestro seria punido com a pena de morte em qualquer circunstância. E a terceira reforma, em 1996, assentou que a pena de morte deveria ser aplicada como única sanção para os autores materiais ou intelectuais do crime de sequestro.

No que diz respeito ao processo penal movido contra o senhor Raxcacó Reyes, tem-se que ele foi preso em 1997, juntamente com outros comparsas, por ter praticado o crime de sequestro contra uma criança. Em 1999, o Judiciário guatemalteco ditou a sentença condenatória contra Raxcacó Reyes e o condenou à pena de morte. Raxcacó Reyes interpôs recurso de apelação, que foi julgado improcedente pelo juízo revisor. Na sequência, Raxcacó Reyes interpôs recurso de cassação, tendo a Câmara Penal da Corte Suprema de Justiça declarado improcedente a pretensão recursal. Em 2000, Raxcacó Reyes interpôs uma ação de amparo, a qual também foi rechaçada pela Corte de Constitucionalidade da Guatemala. Ainda no ano de 2000, o Congresso guatemalteco revogou um decreto que contemplava a faculdade do Poder Executivo de conceder indulto e comutação da pena, acarretando, consequentemente, a não tramitação do pleito do senhor Raxcacó Reyes para obter aquele benefício. Preso, Raxcacó Reyes se queixava da tensão que a espera da execução produz, gerando depressão, ansiedade, dificuldades respiratórias etc., não tendo recebido tratamento médico para nenhuma dessas patologias.

Após o processamento do caso, a Corte reconheceu, inicialmente, que, no momento em que a Guatemala ratificou a CADH, encontrava-se vigente uma legislação penal cujo art. 201 castigava com pena de morte o crime de sequestro seguido da morte da vítima. Na sequência, a Corte assentou que no momento da condenação do senhor Raxcacó Reyes já vigorava uma nova legislação penal, que, ampliando o raio de aplicação da pena de morte, agora admitia a pena capital para qualquer caso de sequestro. E, assim, a Corte IDH entendeu que o art. 201 do Código Penal guatemalteco, após as reformas citadas, violou o art. 4.2 da CADH, pois admitiu a aplicação da pena de morte para o crime de sequestro simples, ou seja, sem a morte da vítima, conduta típica que não pode ser considerada “crime grave” para os fins da CADH. Entendeu a Corte, também, que o art. 201 do Código Penal da Guatemala viola o art. 4.1 da CADH, pois estabelece uma pena de morte obrigatória, sem permitir o exame das circunstâncias particulares do caso. A Corte IDH ainda condenou a Guatemala pela violação do art. 4.6 da CADH em razão da alteração legislativa que suprimiu a possibilidade de o condenado à pena de morte solicitar indulto ou comutação da pena. Posteriormente, considerando as condições de detenção a que o senhor Raxcacó Reyes foi submetido, a Corte decidiu que a Guatemala violou o art. 5.1 da CADH (direito à integridade pessoal). Finalmente, a Corte Interamericana decidiu que o Estado deve, entre outras obrigações, a) alterar o art. 201 do Código Penal vigente para estruturar tipos penais diversos específicos para as diferentes formas de sequestro; b) adotar um procedimento que garanta à pessoa condenada à morte solicitar indulto e comutação da pena; e c) tornar sem efeito a pena de morte imposta ao senhor Raxcacó Reyes e, dentro de um prazo razoável, sem necessidade de um novo processo, emitir outra pena que em nenhum caso poderá ser a de morte.

30.2. Pontos importantes

30.2.1. Definição de crime grave para aplicar pena de morte. No julgamento do *Caso*

Raxcacó Reyes, a Corte IDH reiterou o seu entendimento afirmado no *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin* sobre a definição de “crime grave” para se autorizar a aplicação da pena de morte¹⁰², esclarecendo que nem sempre o crime de sequestro seguido de morte da vítima se encontrará na categoria dos “crimes mais graves”, pois o julgador deve ter alguma *margem* para ponderar as circunstâncias do caso concreto (Mérito, reparações e custas, § 71). Em seu voto no *Caso Raxcacó*, o juiz García Ramírez apresentou o seguinte resumo: “Em suma, os delitos mais graves (...) que podem ser punidos com pena capital (num Estado que mantém esta e que deve sujeitar a manutenção às estipulações da CADH) são os homicídios qualificados” (§ 28).

30.2.2. Pena de morte obrigatória. Também aqui a Corte IDH reiterou o seu entendimento afirmado no *Caso Hilaire* sobre a incompatibilidade da pena de morte obrigatória, independente das circunstâncias particulares do crime e do acusado, com a CADH¹⁰³.

30.2.3. Pena de morte e o Estatuto de Roma. Em seu voto no *Caso Raxcacó*, o juiz García Ramírez fez a seguinte reflexão sobre a pena de morte e o Estatuto de Roma:

“Especialmente significativa é a posição representada pelo Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, que não inclui a pena de morte entre as previstas pela ordem penal internacional substantiva. Me parece especialmente eloquente este fato, tanto porque essa ordem penal foi concebida precisamente para enfrentar os mais graves crimes contra os bens para cuja proteção a humanidade está interessada – proteção que leva a pensar em reações penais particularmente severas –, como porque o Estatuto de 1998 constitui a mais recente expressão de um sistema penal pactuado entre países que contam com diversas tradições jurídicas, e entre eles vários que ainda conservam a pena capital em sua normativa interna” (§ 14).

30.2.4. A vedação da pena de morte se constitui num postulado de *jus cogens* internacional? Em seu voto no *Caso Raxcacó*, o juiz García Ramírez ressaltou que “Não se pode afirmar que a proscrição da pena de morte já constitui um postulado do Direito imperativo, isto é, do *jus cogens* internacional, que traz consigo obrigações erga omnes dos Estados, como é – paradoxalmente – a exclusão terminante e absoluta da tortura e dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (...)” (§ 22). Concordamos com García Ramírez, inclusive quanto a se considerar *paradoxal* a proibição imperativa da tortura admitindo-se que os Estados possam aplicar a pena de morte. Noutros termos, pode-se concluir que há um postulado de *jus cogens* de não torturar, mas não há postulado com a mesma hierarquia imperativa de não matar.

30.2.5. Solicitação de indulto e tema processual. A CADH estabelece que “Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente” (art. 4.6). Quanto à primeira parte do preceito convencional, ressaltou García Ramírez em seu voto no *Caso*

¹⁰² Ver comentários do *Caso Hilaire*.

¹⁰³ Ver comentários do *Caso Hilaire*.

Raxcacó que ao direito do condenado à pena de morte de solicitar anistia, indulto ou comutação da pena se associa uma obrigação do Estado de assegurar os meios processuais para que essa pretensão seja *efetivamente* exercida. Nas palavras do ex-juiz da Corte IDH, “O reconhecimento de um direito traz consigo, logicamente, o estabelecimento dos meios para fazê-lo valer, que neste caso são orgânicos e processuais: atribuição da faculdade correspondente a certo órgão do Estado e definição de um procedimento para o exercício do direito reconhecido, para que efetivamente ‘possa ser concedido’. Isso não significa que se deva conceder o indulto ou a comutação, mas apenas que seja possível concedê-los” (§ 35). Já a segunda parte do dispositivo convencional dispõe que o pedido de anistia, indulto ou comutação da pena possui *efeito suspensivo*, de modo que a execução da pena de morte não ocorrerá enquanto estiver pendente a apreciação daquele pleito.

31. Caso Palamara Iribarne vs. Chile

Sentença de 22.11.2005

Mérito, reparações e custas

31.1. Resumo do caso

O senhor Palamara Iribarne ingressou nas Forças Armadas do Chile em 1972, lá ficando até 1992, período em que desempenhou as funções militares no Departamento de Operações Navais. Aposentado do cargo de militar, porém na condição de empregado civil contratado para desempenhar a função de analista no Departamento de Inteligência Naval, com funções administrativas, Palamara escreveu o livro *Ética e Serviços de Inteligência*, no qual abordava aspectos relacionados à inteligência militar e à necessidade de adequá-la a certos parâmetros éticos. Com base no ordenamento jurídico chileno, autoridades estatais lhe proibiram de publicar seu livro, apreendendo exemplares que estavam em circulação, os originais do texto e também o maquinário utilizado na impressão. Palamara tentou resistir à arbitrariedade que estava sofrendo e manifestou-se publicamente, na imprensa, contrário àquele procedimento. Como decorrência desse procedimento, Palamara foi denunciado e condenado pelo crime de desacato, tendo utilizado, na sequência, todos os recursos disponíveis para reverter o cenário descrito, sem, contudo, obter êxito.

Após o processamento do caso, a Corte IDH decidiu que o Chile violou o direito à liberdade de expressão ao adotar medidas de controle para impedir a difusão do livro escrito pelo senhor Palamara, esclarecendo que o fato de a vítima ter utilizado sua formação e sua experiência profissional para escrever o livro não configura abuso daquele direito, pois “Uma interpretação contrária impediria as pessoas de utilizarem sua formação profissional ou intelectual para enriquecer a expressão de suas ideias e opiniões” (Mérito, reparações e custas, § 76). A Corte IDH também decidiu que o Estado chileno violou o direito à liberdade de expressão ao aplicar ao senhor Palamara uma legislação sobre desacato que estabelecia sanções desproporcionais por realizar críticas sobre o funcionamento das instituições estatais e seus membros (Mérito, reparações e custas, § 88). Considerando que o Estado apreendeu os exemplares dos livros que estavam em circulação, bem como os originais da obra, a Corte IDH decidiu que foi violado o

direito à propriedade privada (CADH, arts. 21.1 e 21.2). Tendo em conta que o senhor Palamara, à época dos fatos, era um empregado civil contratado pelas Forças Armadas e que os fatos a ele imputados não colocaram em risco os bens jurídicos militares, a Corte IDH, reiterando sua jurisprudência sobre a excepcionalidade da jurisdição militar na democracia, condenou o Chile por violação do devido processo legal.

Finalmente, a Corte IDH determinou, entre outros provimentos, que o Estado deve:

- a) permitir que o senhor Palamara publique seu livro, assim como lhe restituir todo o material do qual foi privado;
- b) deixar sem efeito todas as sentenças condenatórias proferidas contra o senhor Palamara;
- c) adotar as medidas para derrogar e modificar a legislação interna para deixá-la compatível com os parâmetros internacionais em matéria de liberdade de pensamento e de expressão;
- d) adequar a legislação interna para que, se considerar que a Justiça Militar deva continuar existindo, sejam reservados a ela somente os crimes funcionais cometidos por militares;
- e) proceder com o pagamento de indenização pelos danos materiais e morais sofridos pela vítima, na forma como fixado na sentença.

31.2. Pontos importantes

31.2.1. A incompatibilidade do crime de desacato com a liberdade de expressão. O *Caso Palamara Iribarne* se notabilizou por representar um precedente importante da Corte IDH contra as denominadas *leis de desacato*, que acabam por autorizar, nos dizeres da Corte, a utilização da persecução penal de forma desproporcional e desnecessária para inibir o direito à liberdade de expressão, mais especificamente no que diz respeito às opiniões críticas dos indivíduos em relação às instituições estatais e aos funcionários públicos (Mérito, reparações e custas, § 88).

Tem sido comum na doutrina e na litigância por atores jurídicos nacionais a afirmação – apressada – de que a Corte IDH considera o crime de desacato inconveniente. No entanto, conforme demonstraremos a seguir, há uma divergência entre a CIDH e a Corte IDH sobre a convencionalidade do crime de desacato que pode ser resumida da seguinte forma: enquanto a CIDH se opõe de forma absoluta à criminalização da expressão que ofende, insulta ou ameaça um funcionário público no exercício de suas funções oficiais – seja qual for o tipo penal (desacato, difamação, injúria ou calúnia) – por consistir uma censura indireta à liberdade de expressão, a Corte IDH não chega – pelo menos ainda – a estabelecer claramente a inconveniência desta criminalização, compreendendo que ela haverá somente quando os tipos penais mencionados forem utilizados para cercear a liberdade de expressão da forma como esse direito é concebido no sistema interamericano, isto é, um direito humano que admite relativização.

O entendimento da CIDH começou a ser construído em 1994, no *leading case* envolvendo uma solução amigável com a Argentina¹⁰⁴, tendo depois sido documentado no seu Relatório sobre a Compatibilidade das Leis de Desacato com a Convenção Americana

¹⁰⁴ Trata-se do *Caso Horacio Verbitsky vs. Argentina*, com solução amigável celebrada em 20.12.1994, a partir da qual a Argentina se comprometeu a descriminalizar o desacato. Este precedente da CIDH foi citado em representação da PFDC Deborah Duprat ao PGR visando a propositura de ADPF no STF com o intuito de obter a declaração da não recepção do crime de desacato pela CF/1988.

de Direitos Humanos (195) e também na sua Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão (2000), cujo art. 11 estabelece que “(...) As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação”. Mais recentemente, em 2015, no seu Relatório sobre a Criminalização do Trabalho das defensoras e dos defensores de direitos humanos, a CIDH explicou melhor o seu entendimento:

“A Comissão observa com preocupação que em alguns países da região as denominadas ‘leis de desacato’, assim como figuras penais de calúnia, injúria e difamação continuam sendo utilizadas para criminalizar e sancionar as expressões críticas dirigidas a funcionários públicos e sobre assuntos de interesse público, o que tem afetado de maneira desproporcional o trabalho de defensores e defensoras de direitos humanos.

Para a CIDH, está absolutamente claro que não existe um interesse social imperativo que justifique a utilização de mecanismos penais para sancionar esta espécie de expressões.

(...) O uso do Direito Penal é desnecessário e desproporcional, e adicionalmente constitui um meio de censura indireta, pois seu efeito é o de atemorizar e inibir o debate sobre assuntos de interesse público e defesa dos direitos. (...)

A doutrina interamericana estabelece que as disposições especiais ou agravantes da pena em Códigos Penais, que têm como finalidade proteger de maneira especial a reputação dos funcionários públicos (‘leis de desacato’) atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação, e são incompatíveis *per se* com a Convenção Americana.

Segundo a definição da CIDH, estas leis ‘são uma espécie de legislação que penaliza a expressão que ofende, insulta ou ameaça um funcionário público no exercício de suas funções oficiais’. A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão concluiu que ‘do ponto de vista de uma análise dogmática penal, o desacato nada mais é do que uma calúnia ou injúria com um sujeito passivo específico (um funcionário público)’.

Alguns Estados justificam a existência destas leis invocando várias razões, dentre as quais se destaca a proteção ao adequado funcionamento da administração pública ou a ordem pública. Como explanado pela CIDH, ‘esses Estados alegam que as leis de desacato cumprem com uma função dupla. Em primeiro lugar, ao proteger os funcionários públicos contra a expressão ofensiva e/ou crítica, estes podem livremente desempenhar suas funções e, portanto, o governo pode funcionar de maneira harmônica. Segundo, as leis de desacato protegem a ordem pública, porque a crítica aos funcionários públicos pode gerar um efeito desestabilizador para o governo nacional, pois – segundo esse argumento – a opinião crítica macula não apenas o indivíduo objeto da mesma, mas também o cargo que ocupa e a administração para qual aquele presta serviços’.

Para a CIDH, tais justificativas não podem prevalecer no marco normativo interamericano. Nas palavras da CIDH, a existência de leis de desacato ‘inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático, segundo o qual o governo deve ser objeto de controles, dentre eles, o es-

crutínio da sociedade, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coercitivo. Se considerarmos que os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são, para todos os efeitos, o próprio governo, então é exatamente direito dos indivíduos e da sociedade em geral, criticar e escrutinizar as ações e atitudes desses funcionários que desempenham funções públicas.

A CIDH adverte ainda, que permanecem no ordenamento jurídico dos Estados outros tipos penais, como a difamação, injúria e calúnia, e que estes continuam sendo utilizados como ferramenta para processar, sancionar e silenciar tanto jornalistas como defensoras e defensores que denunciam ou manifestam opiniões críticas sobre atos de funcionários públicos ou pessoas públicas relacionados a questões de interesse público ou pelo mal desempenho de suas funções e que constituem medidas desnecessárias e desproporcionais ao exercício da liberdade de expressão em relação a assuntos de interesse público, devido ao seu efeito silenciador que é incompatível numa sociedade democrática.

(...) Com base no descrito anteriormente, a Comissão lembra aos Estados que devem se abster de criminalizar as críticas ou denúncias de qualquer índole contra funcionários públicos, e reitera que o poder de coação do Estado não pode ser exercido de maneira que afete a liberdade de expressão das defensoras e defensores de direitos humanos, através da utilização de leis penais como instrumento para silenciar ou intimidar aqueles que exercem seu direito à expressão crítica ou de apresentar denúncias por supostas violações de direitos humanos”.

Por outro lado, conforme já afirmamos anteriormente, não há um precedente da Corte IDH no sentido da compreensão da CIDH, isto é, que tenha assentado de forma clara a inconveniência do crime de desacato independentemente do contexto que ensejou a sua aplicação. O que há na jurisprudência da Corte IDH, sendo o *Caso Palamara Iribarne* um importante exemplo, é a rejeição da criminalização do exercício da liberdade de expressão para criticar o trabalho desempenhado por funcionários públicos. Parece-nos adequado, portanto, diferenciar a crítica da *hostilização*, sendo esta, sim, a nosso ver, objeto do crime de desacato.

A nossa compreensão parece convergir com o entendimento do juiz García Ramírez, que, em seu voto apresentado no julgamento do *Caso Palamara*, afirmou que “(...) o que interessa e preocupa não é a existência de certo tipo denominado ‘desacato’ – um *nomen juris* que pode abrigar diversos conteúdos, desde aceitáveis até inadmissíveis –, mas sim a forma na qual esse tipo penal incide sobre a liberdade de análise e de expressão, como também a possibilidade (...) de que a repressão indevida se exerça através de uma figura delitiva diferente, como pode ser a de ameaça” (§ 21).

Finalizamos este tópico esclarecendo que nos parece perfeitamente defensável a descriminalização de crimes contra a honra – incluído o crime de desacato – em razão do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, de modo a deslocar a questão para a justiça cível com eventual reparação pecuniária pelos danos morais e materiais sofridos. No entanto, reiteramos que o direito à liberdade de expressão não devem compreender a possibilidade de ofender terceiros sem a consequente e proporcional responsabilização posterior.

31.2.2. Proteção do direito à propriedade intelectual dos autores pela CADH. Estabelece a CADH que “Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse local” (art. 21.1). No julgamento do *Caso Palamara*, a Corte IDH decidiu que a proteção da propriedade privada pela Convenção Americana abrange não somente os bens materiais, mas também “(...) todo direito que possa formar parte do patrimônio de uma pessoa”, o que compreende “(...) as obras geradas da criação intelectual de uma pessoa, quem, pelo fato de haver realizado essa criação, adquire sobre esta direitos de autor conexos com o uso e o gozo da mesma” (Mérito, reparações e custas, § 102).

31.2.3. Incompetência da Justiça Militar para julgar civil. Vimos anteriormente que foi no julgamento do *Caso Castillo Petruzzi*, em 1999, que a Corte IDH decidiu pela primeira vez no sentido da incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempos de paz. O *Caso Palamara*, portanto, embora não tenha sido o *leading case* da matéria, também se notabilizou pela manutenção desse entendimento da Corte IDH acerca da incompetência da Justiça Militar para julgar civis, ainda que estes estejam prestando algum tipo de serviço de caráter transitório para as Forças Armadas (Mérito, reparações e custas, § 128). Para a Corte Interamericana, “A jurisdição penal militar nos Estados democráticos, em tempos de paz, tem caminhado para ser reduzida e inclusive a desaparecer, motivo pelo qual, no caso em que o Estado a conserve, deve ser mínima e se encontrar inspirada nos princípios e garantias que regem o Direito Penal moderno” (Mérito, reparações e custas, § 132).

31.3. Conexões com o Direito brasileiro

31.3.1. Inconvencionalidade do crime de desacato e o Direito brasileiro. O STF, que em 2006 já havia decidido pela constitucionalidade do crime de desacato ao analisar o art. 7º, § 2º, do EOAB (ADI 1.127, rel. min. Ricardo Lewandowski, Plenário), recentemente também entendeu pela compatibilidade do art. 331 do Código Penal com a CADH, já havendo precedentes reiterados neste sentido¹⁰⁵. Para o Supremo, “A liberdade de expressão e pensamento prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (...) não é, como todo direito fundamental, absoluta e não pode ser utilizada para justificar a prática de condutas que desrespeitem ou menosprezem o funcionário público, seja ele civil ou militar” (RHC-AgR 143.206, rel. min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 03.04.2019). Em seu voto proferido na condição de relator do HC 141.949, j. 13.03.2018, o min. Gilmar Mendes anotou – acertadamente – que “A Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pelo julgamento de situações concretas de abusos e violações de direitos humanos, reiteradamente tem decidido contrariamente ao entendimento da Comissão [Interamericana] de Direitos Humanos, estabelecendo que o Direito Penal pode, sim, punir condutas representativas de excessos no exercício da liberdade de expressão”. Sobre o tema, registramos que está pendente de julgamento pelo STF a ADPF 496, rel. min. Roberto Barroso, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, que questiona a compatibilidade do crime de desacato (CP, art. 331) com a CF.

¹⁰⁵ Ver: AgRg no RE 1.097.670, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 28.06.2019; EDcl no AgRg no RE 1.003.305, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 28.06.2019; AgRg no RE 1.130.043, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 27.11.2018; AgRg no RE 1.049.152, rel. min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 07.05.2018; HC 141.949, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 13.03.2018; RHC-AgR 143.206, rel. min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 03.04.2019.

O STJ, em *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, chegou a decidir pela inconveniência do crime de desacato, tendo constado no voto do min. Ribeiro Dantas (relator) que “(...) a existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito preconizado pela CF/88 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos”, e prossegue o min. Ribeiro Dantas para afirmar que “(...) a punição do uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São José abolissem suas respectivas leis de desacato” (REsp 1.640.084, rel. min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 15.12.2016)¹⁰⁶. No entanto, posteriormente o STJ alterou a sua jurisprudência e a partir do julgamento do HC 379.269 pela sua 3ª Seção, em 24.05.2017, passou a decidir pela convencionalidade do crime de desacato, havendo diversos precedentes neste sentido. Vejamos um trecho da ementa do HC 379.269:

“3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional. 4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH)¹⁰⁷, por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto. 5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter “moral”, podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos. 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente “poder de embaraço” ou “mobilização da vergonha”. 7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema “leis de desacato”, não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão. 9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância

¹⁰⁶ Ainda chamamos a atenção para um ponto interessante do voto do min. Ribeiro Dantas: diferente do controle difuso de constitucionalidade, que exige a cláusula de reserva de plenário e, no caso do STJ, ensejaria a remessa do processo para a Corte Especial, o controle de convencionalidade pode ser exercido por meio das Turmas.

¹⁰⁷ O correto é Corte Interamericana de Direitos Humanos.

do princípio da legalidade. 10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. 11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública. 12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito. 13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, “compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.” 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. 15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation). 16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena. 17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública. 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal”.

Embora estejamos de acordo com o entendimento do STJ a respeito da convencionalidade do crime de desacato – nos termos da jurisprudência da Corte IDH e não da CIDH, portanto –, não endossamos a (ultrapassada) concepção clássica da soberania estatal nem a afirmação de que os Estados possuem uma margem de apreciação na matéria. Se a Corte IDH vier a alterar a sua jurisprudência, assentando a inconventionalidade do crime de desacato, seja em caso contra o Brasil ou não, entendemos que todos os Estados membros da CADH que aceitaram a competência contenciosa da Corte deverão observar o entendimento em razão da força expansiva dos precedentes internacionais.

32. Caso Gómez Palomino vs. Peru

Sentença de 22.11.2005

Mérito, reparações e custas

32.1. Resumo do caso

No dia 9 de julho de 1992, o Sr. Santiago Gómez Palomino foi detido ilegalmente por agentes estatais. Desde então, o Sr. Palomino esteve desaparecido em razão de uma situação caracterizada como “desaparecimento forçado” supostamente praticada pelos agentes do Estado do Peru. A controvérsia não foi resolvida em âmbito interno, uma vez que as investigações não foram aprofundadas e não se responsabilizou qualquer agente do Estado pelo desaparecimento do Sr. Palomino. Esgotados os recursos internos, o caso chegou até a CIDH, que, após a fracassada tentativa de solucionar o caso, submeteu a demanda à Corte IDH.

Processado o caso, a Corte Interamericana declarou a Colômbia responsável por violar o direito à liberdade pessoal e à integridade pessoal dos familiares do Sr. Gómez Palomino, além de violar o direito à vida da própria vítima.

32.2. Pontos importantes

32.2.1. Elementos estruturantes do delito de desaparecimento forçado segundo a Corte IDH. A partir do *Caso Gomes Palomino*, a Corte Interamericana, conforme consignou o juiz García Ramírez em seu voto, fixou os elementos estruturantes do delito de desaparecimento forçado. São eles: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou a aquiescência destes; e c) a negativa de reconhecer a detenção e de revelar o fim ou o paradeiro da pessoa interessada (§ 16). Assim, segundo a Corte, para que se reconheça a existência de uma situação de desaparecimento forçado, os três elementos acima elencados devem aparecer de forma concomitante.

Elementos estruturantes do delito de desaparecimento forçado segundo a Corte IDH
Privação da liberdade
Intervenção direta de agentes estatais ou a aquiescência destes
Negativa de reconhecer a detenção e de revelar o fim ou o paradeiro da pessoa interessada

32.2.2. Sujeitos ativo e passivo do delito de desaparecimento forçado. Na esteira do item anterior, a Corte IDH analisou quem pode ser sujeito ativo e passivo do delito de desaparecimento forçado, concluindo, conforme anotou o juiz García Ramírez em seu voto, que, em relação ao sujeito passivo, “(...) não há a exigência de características ou condições especiais, podendo ser uma ou mais pessoas, ou até mesmo um grupo de indivíduos” (§ 18). No tocante aos parâmetros fixados em relação à caracterização do sujeito ativo do delito de desaparecimento forçado, a Corte IDH consignou – novamente segundo registrou o juiz García Ramírez em seu voto – que “(...) pode ser agentes do Estado, ou seja,

pessoas que atuam em cargo, função, atribuição, atividade pública, ou pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou aquiescência do estado” (§ 18).

32.2.3. Controle de convencionalidade do art. 320 do Código Penal peruano. No julgamento do *Caso Gomez Palomino*, a Corte IDH realizou um controle de convencionalidade do art. 320 do Código Penal peruano, adaptando-o a um maior respeito aos direitos humanos e adequando-o ao que é preconizado nos tratados internacionais sobre desaparecimento forçado, uma vez que o Código Penal peruano previa no seu art. 320 a necessidade de o desaparecimento forçado estar “devidamente comprovado” para que fosse possível atribuir a autoria do delito a determinada pessoa. Sobre este ponto, aduziu a Corte IDH que “A maneira como o artigo 320 do Código Penal foi redigido, exigindo que o desaparecimento deve ser ‘devidamente comprovado’, apresenta séria dificuldade de interpretação. Em primeiro lugar, não é possível saber se esta exigência deve ser anterior à denúncia do tipo e, por outro lado, nem mostra que há quem deve fazer essa verificação” (Mérito, reparações e custas, § 105). A Corte Interamericana ainda ressaltou que o delito de desaparecimento forçado possui uma natureza *clandestina* e, por isso, “(...) a exigência da devida comprovação do desaparecimento forçado referida no artigo 320 do Código Penal não permite que o Estado cumpra integralmente as suas obrigações internacionais” (Mérito, reparações e custas, § 108). Ainda sobre a defeituosa legislação peruana, o Código Penal peruano excluía a possibilidade de os particulares responderem pelo delito de desaparecimento forçado, o que diverge da jurisprudência da Corte Interamericana (Mérito, reparações e custas, § 87.b). Assim, decidiu a Corte IDH que “O artigo 320 do Código Penal do Peru restringe a autoria do delito desaparecimento forçado aos ‘funcionários ou servidores públicos’. Esta definição não contém todas as formas de envolvimento criminal incluída no artigo II da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, estando, portanto, incompleta” (Mérito, reparações e custas, § 102). Por fim, cumpre ressaltar que, neste caso, a Corte Interamericana exerceu o *controle de convencionalidade destrutivo*, uma vez que reconheceu a invalidade da norma doméstica por violar tratados internacionais de direitos humanos, gerando um efeito negativo para o Estado peruano¹⁰⁸.

32.3. Conexões com o Direito brasileiro

¹⁰⁸ O controle de convencionalidade pode ser *constutivo* ou *destrutivo*. O *controle constutivo de convencionalidade* é aquele que busca compatibilizar a legislação interna com as normas internacionais de direitos humanos por meio da via da hermenêutica, construindo interpretações que viabilizem a harmonia entre as convenções internacionais de direitos humanos e o ordenamento jurídico doméstico, gerando um efeito positivo como resultado do seu exercício. Já o *controle destrutivo de convencionalidade* (também chamado de “saneador”) é aquele que se materializa com a invalidação das normas domésticas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos, gerando um efeito negativo como resultado do seu exercício. Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver: SAGUES, Nestor Pedro. El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus antecipos em el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeu. In. BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (orgs.). *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*. Hacia un ius constitucional comunne en América Latina. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04/02/2017.

Sobre a adesão do Brasil às Convenções Internacionais sobre desaparecimento forçado, remetemos o leitor aos comentários do *Caso Velásquez Rodríguez*, apenas acrescentando aqui que o Estado brasileiro segue em *débito* com o Direito Internacional dos Direitos Humanos por não ter tipificado no Direito interno o crime de desaparecimento forçado, descumprindo, assim, um *mandamento internacional de criminalização*.

33. Caso López Álvarez vs. Honduras

Sentença de 01.02.2006

Mérito, reparações e custas

33.1. Resumo do caso

Os fatos do presente caso se referem ao senhor Alfredo López Álvarez, que foi apreendido por policiais em abril de 1997 na posse de dois pacotes que continham um pó branco. Logo foi levado ao setor de investigação criminal, onde lhe exigiram que tirasse a roupa para passar por uma inspeção corporal. López Álvarez não foi informado no momento da prisão sobre seus direitos como detido nem dos fatos que se lhe imputavam. No primeiro dia detido, López Álvarez permaneceu com as algemas apertadas, o que provocou sangramento e inflamação em seus punhos. Além disso, foi coagido a declarar-se culpado dos fatos que lhe imputaram. Não recebeu atenção médica pelo maltrato físico a que foi submetido. A substância apreendida foi objeto de duas análises, com resultados contraditórios: o primeiro laudo constatou se tratar de cocaína, mas o segundo constatou não se tratar de entorpecente. Em novembro de 2000, López Álvarez foi condenado em razão da posse de droga a uma pena de 15 anos. Em maio de 2001, a Corte de Apelações resolveu declarar a nulidade absoluta do processo desde outubro de 1997 por existir irregularidades processuais na obtenção dos elementos probatórios. López Álvarez e seus familiares interpuseram uma série de recursos exigindo que fosse libertado, mas todos foram indeferidos. Em janeiro de 2003, foi proferida sentença absolutória de López Álvarez por não haver certeza se a amostra enviada ao laboratório toxicológico e que resultou positiva foi extraída da porção de pó branco apreendida com o acusado. O Ministério Público recorreu da sentença absolutória, a qual restou, porém, confirmada pela Corte de Apelações. O senhor López Álvarez esteve privado de liberdade durante 6 anos e 4 meses. Nos estabelecimentos penais em que López Álvarez esteve preso não existia um sistema de classificação de reclusos, não havia separação entre processados e condenados; além disso, as condições de detenção eram insalubres, os estabelecimentos contavam com superpopulação e careciam de condições de higiene adequadas.

Após o processamento do caso, a Corte IDH reconheceu que o Estado demandado violou o direito à liberdade pessoal do senhor López Álvarez assegurado pelos arts. 7.1, 7.2, 7.3, 7.4 e 7.6 da CADH. Na sequência, observou a Corte que a vítima "(...) não foi tratada com o devido respeito à sua dignidade humana e que o Estado descumpriu os deveres que lhe correspondem em sua condição de garante dos direitos dos detidos" (§ 110), assentando, então, a violação aos arts. 5.1, 5.2 e 5.4 da CADH. Sobre os efeitos causados ao senhor López Álvarez pelo encarceramento, a Corte Interamericana também reconheceu que o Estado acabou por violar o direito à integridade psíquica e moral dos

familiares da vítima, e isso porque sofreram com as omissões das autoridades estatais. A Corte IDH também decidiu que Honduras violou a garantia do prazo razoável por responsabilidade exclusiva das autoridades judiciais, ressaltando ter ocorrido três nulidades, com implicação direta na tramitação do processo. Posteriormente, entre outras constatações de violação à Convenção, a Corte declarou que o Estado violou os direitos à liberdade de pensamento e de expressão e à igualdade perante a lei, previstos nos arts. 13 e 14 da CADH, por ter proibido que o senhor López Álvarez se expressasse em seu idioma materno (garífuna) quando esteve recolhido em estabelecimentos prisionais. Finalmente, a Corte IDH condenou o Estado a diversas obrigações, dentre as quais se encontram o dever de adotar medidas tendentes a criar condições que permitam melhorias nos estabelecimentos prisionais e o dever de indenizar a vítima e seus familiares pelos danos materiais e morais sofridos.

33.2. Pontos importantes

33.2.1. Excepcionalidade da prisão preventiva. A Corte IDH tem reiterado em diversos precedentes a excepcionalidade da prisão preventiva, tratando-se de um tema já consolidado em sua *jurisprudência constante*. No julgamento do *Caso López Álvarez*, a Corte ressaltou diversos pontos sobre a matéria: a) decidiu que a prisão preventiva está limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, constituindo “(...) a medida mais severa que se pode impor ao acusado, e por isso deve aplicar-se excepcionalmente”, assentando que “A regra deve ser a liberdade do acusado enquanto se resolve acerca de sua responsabilidade penal” (Mérito, reparações e custas, § 67); b) advertiu que a decretação da prisão preventiva requer “(...) um juízo de proporcionalidade entre aquela, os elementos de convicção para aplicá-la e os fatos que se investigam”, assentando que, “Se não há proporcionalidade, a medida será arbitrária” (Mérito, reparações e custas, § 68); e c) ressaltou que “As características pessoais do suposto autor e a gravidade do delito que se lhe imputa não são, por si mesmas, justificação suficiente da prisão preventiva”, já que esta é uma medida cautelar e não punitiva (Mérito, reparações e custas, § 69). Sobre este último item, afirmou García Ramírez em seu voto no *Caso López Álvares* que:

“Fundamentar a prisão preventiva exclusivamente na gravidade do delito (que se diz) cometido, na censura que (eventualmente) merece o (suposto) autor e na pena (que seria) aplicável, sem considerar – porque a própria lei elimina a possibilidade de fazê-lo – outros dados que permitam valorar sua procedência em concreto, para o devido amparo, também em concreto, dos fins que a legitimam, contravém flagrantemente a presunção de inocência, implica um (pré)juízo antecipado à sentença (à qual se confere, muito antes de que seja pronunciada, caráter condenatório) e adianta manifestamente a imposição da pena (...)” (§ 22).

33.2.2. Incompatibilidade da prisão preventiva obrigatória com a CADH. O art. 433 do Código de Procedimentos Penais de Honduras estabelecia que a liberdade provisória somente poderia ser deferida quando a pena máxima abstrata de reclusão não passasse de cinco anos. Para os crimes com pena máxima abstrata superior a 5 anos, portanto,

como era o caso do crime de tráfico de drogas imputado ao senhor López Álvarez (15 a 20 anos), o Estado hondurenho determinava uma espécie de *prisão preventiva obrigatória*. A Corte IDH censurou esta legislação e decidiu pela sua incompatibilidade com a CADH, ressaltando que a prisão preventiva “(...) deve ser justificada no caso concreto, através de uma ponderação dos elementos que concorrem neste, e que em nenhum caso a aplicação de tal medida cautelar pode ser determinada pelo tipo de delito que se imputa ao indivíduo” (Mérito, reparações e custas, § 81). Em seu voto no *Caso López Álvarez*, afirmou o juiz García Ramírez:

“Daí a impertinência, em meu conceito, de exclusões absolutas, mecânicas, como também de inclusões da mesma natureza. É preciso valorar cada caso, a partir de um conceito reitor: a prisão preventiva, que claramente milita contra a presunção de inocência, deve revestir caráter excepcional e estar estritamente motivada à obtenção dos fins processuais e asseguradores que anteriormente mencionei. Por isso, se deve reduzir ao mínimo de casos, à mais curta duração, às menores privações conexas ao encarceramento, a uma regra de sistemática revisão de seus fundamentos com o propósito de determinar se subsistem os motivos que anteriormente explicaram a privação de liberdade” (§ 21).

33.2.3. Direito da pessoa de ser informada sobre as razões de sua detenção. Estabelece o art. 7.4 da CADH que “Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela”. Vimos anteriormente, nos comentários do *Caso Acosta Calderón*, que a Corte IDH havia adotado uma interpretação restritiva do art. 7.4 da CADH, afirmando a desnecessidade de sua observância quando se tratar de prisão em flagrante, circunstância em que, nos dizeres da Corte, cabe supor que o cidadão conhecerá a razão de sua detenção. Criticamos naquela oportunidade o entendimento da Corte IDH, afirmando que ele criava uma exceção onde o *legislador interamericano* assim não o fez – muito pelo contrário, estabeleceu que *toda* pessoa deve ser informada das razões da detenção – e também conferia à prisão em flagrante uma *autossuficiência comunicativa*, como se *todo e qualquer* cidadão preso nessa circunstância pudesse conhecer, sempre, as razões de sua detenção. Já nos comentários do *Caso Acosta Calderón* advertimos que a Corte IDH mudou o seu entendimento quando do julgamento do *Caso López Álvarez*, ocasião em que afirmou: “O direito da pessoa detida ou retida de ser informada das razões de sua detenção e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela, está consagrado no artigo 7.4 da Convenção Americana, que não distingue entre a detenção efetuada por ordem judicial e a que se pratica em flagrante. Por isso se pode concluir que o preso em flagrante conserva aquele direito” (Mérito, reparações e custas, § 83). O juiz García Ramírez também ressaltou essa mudança de entendimento da Corte IDH em seu voto no *Caso López Álvarez*:

“Esta decisão da Corte significa uma mudança de critério a respeito do sustentado na *Sentença* do *Caso Acosta Calderón* (...), na qual este Tribunal sustentou que quando há flagrância não é necessário informar ao detido sobre as razões de sua detenção. Celebro esta mudança de critério por parte da Corte. E celebro por duas razões: porque estimo que um tribunal deve ser

sensível à necessidade de modificar suas opiniões quando considera que existe fundamento para isso, e porque na espécie creio plenamente justificada essa modificação (...)” (§ 14).

Direito da pessoa de ser informada sobre as razões de sua detenção	
Entendimento superado	<i>Caso Acosta Calderón</i> : desnecessária a observância quando se tratar de prisão em flagrante, quando cabe supor que o cidadão conhecerá a razão de sua detenção.
Entendimento atual	<i>Caso López Álvarez</i> : a CADH não distingue entre a detenção efetuada por ordem judicial e a que se pratica em flagrante. Em ambas as hipóteses, o cidadão deve ser informado das razões de sua detenção.

33.2.4. Fundamentação de decisões sobre pedidos de liberdade. Ressaltou a Corte IDH no julgamento do *Caso López Álvarez* que “A análise pela autoridade competente de um recurso judicial que controverta a legalidade da privação de liberdade não pode reduzir-se a uma mera formalidade, mas deve examinar as razões invocadas pelo demandante e manifestar-se expressamente sobre elas, de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Convenção Americana” (Mérito, reparações e custas, § 96).

33.2.5. Duração razoável do processo: critérios para determinação. Estabelece a CADH que “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...)” (art. 8.1). Temos aqui a garantia da duração razoável do processo, um dos temas de Direito Processual Penal mais debatidos na jurisprudência do TEDH e da Corte IDH, que aqui não trataremos com profundidade, pois tal incursão fugiria dos objetivos desta obra¹⁰⁹. No decorrer da criação da sua jurisprudência, a Corte IDH foi desenvolvendo – tal como o TEDH – critérios para se aferir a observância da garantia do prazo razoável, reservando, com isso, ao Poder Judiciário a determinação da *razoabilidade* do processo. Esses critérios, porém, que já arrolaremos, sofrem a crítica da doutrina em razão da *abertura excessiva* dos seus significados, resultando num grau elevado de *discrecionabilidade* aos juízes para controlarem o respeito pela garantia em discussão¹¹⁰.

A Corte IDH inicialmente trabalhava com três critérios, sendo eles a) a complexidade do caso, b) a atividade processual do interessado e c) a conduta das autoridades judiciais. Em seu voto apresentado no julgamento do *Caso López Álvarez*, o juiz García Ramírez se referiu a um quarto critério, que seria a *afetação atual gerada pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa* (§ 36), que passou a ser adotado pela Corte Interamericana a partir de 2008, com o julgamento do *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia* (Mérito, reparações e custas, § 155).

Vejamos uma breve síntese de cada um desses critérios: a) a *complexidade do caso* diz respeito a elementos do processo que podem influenciar na sua tramitação, tais como a dificuldade probatória, a pluralidade de acusados, entre outros; b) a *atividade processual do*

¹⁰⁹ Para um aprofundamento, ver: PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho...*; GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal...*, p. 377 e ss.

¹¹⁰ Nesse sentido, ver: PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho...*, p. 319 e ss.

interessado é o critério mais polêmico para se aferir a observância do prazo razoável, pois, se não for bem compreendido no caso concreto, pode acabar censurando *atividades não colaborativas* do réu, cujo principal interesse é se defender com os meios que a ordem jurídica lhe proporciona. Em seu voto no *Caso López Álvarez*, García Ramírez ressaltou que “O tribunal deve distinguir com prudência entre as ações e as omissões do litigante que tem como objetivo a defesa – bem ou mal informada – e aquelas outras que somente servem à demora” (§ 32); c) a *conduta das autoridades judiciais* não envolve apenas o comportamento processual do juiz, mas também do Ministério Público e funcionários públicos que direta ou indiretamente atuam no processo criminal, tratando-se de um critério para analisar, por exemplo, o tempo consumido na investigação do caso, na instrução do processo, para manifestações exigidas no decorrer do procedimento etc. Conforme advertiu García Ramírez em seu voto no *Caso López Álvarez*, “O excesso de trabalho não pode justificar a inobservância do prazo razoável (...)” (§ 34); e d) a *afetação atual gerada pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa* consiste num elemento subjetivo para aferir se a duração do processo observou a razoabilidade, exigindo uma análise dos *efeitos concretos* que a tramitação do processo ocasiona no réu. Nesse sentido, a Corte IDH decidiu no *Caso Valle Jaramillo* que “Se o passar do tempo incide de maneira relevante na situação jurídica do indivíduo, resultará necessário que o procedimento corra com mais diligência a fim de que o caso se resolva num tempo breve” (Mérito, reparações e custas, § 155).

Requisitos adotados pela Corte IDH para aferir se o processo teve duração razoável
Complexidade do caso
Atividade processual do interessado
Conduta das autoridades judiciais
Afetação atual gerada pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa

33.2.6. Duração razoável do processo: termos inicial e final da contagem do prazo. A Corte IDH ainda enfrentou, no julgamento do *Caso López Álvarez*, outro tema relevante sobre a garantia da duração razoável do processo, que diz respeito aos termos inicial e final da contagem do prazo.

Começamos pela definição do termo inicial. Decidiu a Corte Interamericana que, “Em matéria penal, este prazo começa quando se pratica o primeiro ato de procedimento dirigido contra determinada pessoa como provável responsável de certo delito” (Mérito, reparações e custas, § 129). O juiz García Ramírez ressaltou em seu voto que a Corte IDH *expandiu* o entendimento acerca do termo inicial para se proceder com a contagem do prazo, que não pode ser a prisão do réu, situação que não se verifica em todos os casos, tampouco a apresentação da denúncia pelo Ministério Público ou a resolução judicial que admite eventos procedimentais que ocorrem quando já se realizou, talvez por um longo período de tempo, atos procedimentais contra o réu (§ 43). Assim, a Corte *evoluiu* para estabelecer que termo inicial deve ser o primeiro ato de procedimento dirigido contra o cidadão, que ocorrerá a partir do momento em que, de alguma forma, se *afete* os direitos daquele, podendo se tratar da formalização de que está sendo investigado, da decretação de uma interceptação telefônica etc.

Prosseguindo, analisemos agora qual é o termo final da contagem do prazo, assunto que consideramos mais polêmico do que a definição do termo inicial, trazendo a seguinte questão: o processamento dos recursos extraordinários deve entrar na *conta* da aferição da razoabilidade do prazo? No julgamento do *Caso López Álvarez*, a Corte Interamericana decidiu que “O prazo razoável a que se refere o artigo 8.1 da Convenção se deve apreciar em relação com a duração total do procedimento penal que se desenvolve contra o acusado, até que se dite sentença definitiva” (Mérito, reparações e custas, § 129), estabelecendo também, na sequência, que, “Para determinar se o prazo foi razoável, é preciso levar em conta que o processo conclui quando se dita sentença firme; neste momento conclui o exercício da jurisdição de conhecimento. Em matéria penal, o prazo deve compreender todo o procedimento, incluindo os recursos de instância que puderam ser apresentados” (Mérito, reparações e custas, § 130). A nosso ver – respondendo àquela questão –, quando a Corte IDH utiliza expressões como “sentença definitiva”, “sentença firme”, “conclusão da jurisdição de conhecimento” e “recursos de instância”, sua intenção é afirmar que o termo final da contagem da duração razoável do processo ocorre com o julgamento da causa no segundo grau, completando a exigência convencional do duplo grau de jurisdição, de modo que o tempo para processar os recursos extraordinários fica de fora desta *conta*. Esta também foi a conclusão do juiz García Ramírez em seu voto no *Caso López Álvarez*, tendo afirmado que a pretensão de não prolongar excessivamente o itinerário processual, para a proteção do acusado, não interfere na operação dos recursos extraordinários (§ 43). Embora o entendimento da Corte Interamericana esteja em conformidade com a CADH, que trabalha com o conceito de *trânsito em julgado* apenas quando dispõe sobre a proibição do *bis in idem* (art. 8.4), e não para disciplinar a presunção de inocência e o direito ao recurso, quando se satisfaz com o duplo grau, parece-nos que o ideal consistiria em deixar para os Estados uma *margin de apreciación* nesta matéria: para os Estados que adotarem um sistema em que os recursos extraordinários tenham a natureza de *ações rescisórias*, o termo final da contagem do prazo razoável seria a decisão do segundo grau, ao passo que, para os Estados que – tal como o Brasil – adotarem um sistema em que o trânsito em julgado ocorre somente após o esgotamento dos recursos extraordinários, aquele termo final ocorreria mais adiante, quando os tribunais superiores tiverem definitivamente julgado a causa.

Entendimento da Corte IDH sobre os termos inicial e final para a contagem da duração razoável do processo	
Termo inicial	Primeiro ato de procedimento dirigido contra o cidadão.
Termo final	Com a satisfação da garantia do duplo grau de jurisdição.

33.2.7. Presença de advogado no depoimento prestado na fase investigatória. A Corte IDH reiterou o seu entendimento sobre a imprescindibilidade da presença de advogado (ou defensor público, acrescentamos) no depoimento prestado na fase investigatória, afirmando que tal obrigação decorre do art. 8.2.d da CADH. Em seu voto no *Caso López Álvarez*, o juiz García Ramírez afirmou que:

“É possível que o acusado guarde silêncio, se abstenha de declarar, ma-

nifeste somente uma parte do que sabe, e é devido que antes de apresentar sua declaração saiba dos motivos do procedimento e tenha oportunidade de designar pessoa que o defenda, assim como que se pronuncie sem juramento, promessa ou obrigação de dizer a verdade. Tudo isto adquire eficácia quando, chegado o momento da declaração, o acusado conta com advogado que o assista – por óbvio, não que o substitua na declaração ou altere esta – e que esteja presente no ato da declaração, de maneira que possa intervir eficazmente na proteção dos direitos do investigado a partir dos primeiros que aqui aparecem: saber do que se trata e guardar silêncio. A Corte tem sido explícita a este respeito – inclusive quando se trata de detidos estrangeiros e vem ao caso a assistência consular – e retorna a sério neste caso: se viola o devido processo quando a declaração ocorre sem que o sujeito conte – ou possa contar, acrescento – com assistência de defensor. Do contrário, ficaria profundamente comprometida a defesa do investigado precisamente quando é necessário que se exerça com maior reflexão, cautela e garantia” (§ 26).

33.2.8. Violação do direito de se expressar no próprio idioma. Estabelece a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas que “Os povos indígenas têm o direito de revitalizar, utilizar, desenvolver e transmitir às gerações futuras suas histórias, idiomas, tradições orais, filosofias, sistemas de escrita e literaturas, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas e de mantê-los” (art. 13). No mesmo sentido, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016), cujo art. VIII.1 dispõe que “Os povos indígenas têm direito a seus idiomas, filosofias e concepções lógicas como componentes da cultura nacional e universal e como tais os Estados deverão reconhecê-los, respeitá-los e promovê-los, consultando os povos interessados”. Vimos no resumo do caso que a direção do centro penitenciário proibiu os indígenas da etnia garífuna que estavam presos – entre eles o senhor López Álvarez – de se expressarem em seu idioma materno. Para a Corte IDH, os Estados devem levar em consideração os dados que diferenciam os membros de povos indígenas da população em geral, advertindo que “A língua é um dos importantes elementos de identidade de um povo, precisamente porque garante a expressão, difusão e transmissão de sua cultura” (Mérito, reparações e custas, § 171). A Corte IDH também ressaltou que “(...) um dos pilares da liberdade de expressão é precisamente o direito a falar e que este implica necessariamente no direito das pessoas a utilizarem o idioma de sua eleição na expressão de seu pensamento”, concluindo que “a expressão e a difusão de pensamentos e ideias são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito de se expressar livremente” (Mérito, reparações e custas, § 164). E assim, portanto, considerando que a vedação do direito de se expressar no próprio idioma não é uma consequência necessária da privação de liberdade, a Corte IDH entendeu que Honduras violou o direito do senhor López Álvarez à liberdade de expressão (CADH, art. 13)¹¹¹.

¹¹¹ Sobre o tema, na doutrina, García Ramírez afirma que “Existe absoluto direito ao emprego do idioma que regularmente utilizam os integrantes de uma minoria étnica ou indígena, independentemente da existência de uma língua nacional ou oficial. O idioma constitui um meio lícito de comunicação e um dado da identidade pessoal. Viola os direitos humanos a proibição de utilizar o idioma

Embora o entendimento da Corte IDH no Caso López Álvarez se refira apenas aos povos indígenas, entendemos que integrantes de outras comunidades tradicionais e também os estrangeiros possuem o direito de se expressarem livremente em seus respectivos idiomas maternos enquanto estiverem privados de liberdade em estabelecimentos penais.

34. Caso Goiburú e outros vs. Paraguai

Sentença de 22.09.2006

Mérito, reparações e custas

34.1. Resumo do caso

O caso versa sobre uma série de desaparecimentos forçados perpetrados pelos agentes do Estado do Paraguai durante a conhecida “Operação Condor”, que representou uma aliança político-militar entre os países do Cone Sul (Brasil, Argentina, Chile, Bolívia, Paraguai e Uruguai), unidos com o intuito de afastar os movimentos esquerdistas do seu território, bem como combater os inimigos comuns. Nesse contexto, organizações de direitos humanos e os familiares das vítimas peticionárias perante a CIDH alegaram a prática de atos de tortura e desaparecimento forçado pelos agentes estatais pertencentes ao Estado paraguaio. Após o não cumprimento das recomendações emitidas pela CIDH, a demanda foi submetida à Corte IDH.

Processado o caso, a Corte Interamericana declarou a responsabilidade internacional do Paraguai pela violação dos arts. 4.1 (direito à vida), 5.1 e 5.2 (direito à integridade pessoal) e 7º (direito à liberdade pessoal), todos da CADH, em prejuízo das vítimas e de seus familiares.

34.2. Pontos importantes

34.2.1. O acesso à justiça como norma de *jus cogens*. No julgamento do *Caso Goiburú*, a Corte IDH finalmente ampliou o conteúdo material do *jus cogens*, de modo a abarcar o direito de acesso à justiça nos planos nacional e internacional. A tese já vinha sendo sustentada pelo juiz Cançado Trindade em seus votos em outros precedentes da Corte, tendo ressaltado em seu voto no *Caso Goiburú* que “Ao afirmar corretamente que o direito à realização da justiça é um imperativo do *jus cogens*, a Corte, em minha percepção, dá mostras de que há razão para seguir cultivando a esperança: isto porque, ao fim e ao cabo, cedo ou tarde, ainda frente aos mais cruéis crimes de Estado, o Direito reage – do que dá testemunho a presente Sentença da Corte Interamericana no caso Goiburú e outros. Em nossos dias, a consciência jurídica universal despertou para reconhecer judicialmente o sofrimento humano e buscar sua reparação mediante a garantia do primado da Justiça nas relações humanas” (§ 68). Assim, observa-se que o *Caso Goiburú* representa um avanço

da comunidade a que pertence o sujeito. Esta proibição apareceu [na jurisprudência da Corte IDH] no caso de uma pessoa privada de liberdade, sujeita a procedimento penal como responsável da prática de certos delitos [referindo-se ao *Caso López Álvarez*]” (*La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, p. 53).

significativo na jurisprudência da Corte Interamericana, pois a partir deste precedente o acesso à justiça passou a ser considerado como norma de *jus cogens*, materializando uma conquista na proteção dos direitos humanos das camadas mais pobres da população¹¹².

34.2.2. Reconhecimento da responsabilidade internacional agravada do Estado. A Corte IDH, ao julgar o *Caso Goiburú*, declarou a responsabilidade internacional do Estado paraguaio de forma “agravada”, uma vez que, além dos atos de tortura e dos desaparecimentos forçados praticados pelos agentes estatais no contexto da Operação Condor, o Estado paraguaio ainda se omitiu em investigar os fatos de forma efetiva. Assim, em virtude da existência do chamado “crime de Estado”, conforme anotou o juiz Cançado Trindade em seu voto, a Corte IDH assentou que “A responsabilidade internacional agravada se configura também pelo descumprimento, por parte do Estado, tanto do dever de proteção, quanto do dever de investigação dos fatos lesivos, por sua falta de prover recursos internos eficazes para julgar e punir os perpetradores das atrocidades” (§ 31). Ainda sobre essa *circunstância agravante*, explicou Cançado Trindade que “A Corte reafirmou sua jurisprudência constante no sentido de que os crimes de tortura e de desaparecimento forçado de pessoas são violações do jus cogens, acarretando a obrigação de investigá-los e de punir seus responsáveis (pars. 84, 93 e 128), para pôr fim à impunidade; no presente caso, os Estados do Cone Sul montaram um esquema de repressão para cometer de forma sistemática estas violações e encobrir os fatos, o que são circunstâncias agravantes (responsabilidade internacional agravada)” (Mérito, § 62). Desse modo, segundo a Corte Interamericana, a existência de uma aliança político-militar entre os países-membros da Operação Condor para praticar crimes contra a humanidade acabou por ensejar uma responsabilidade internacional *agravada* ao Estado paraguaio.

34.2.3. Caráter contínuo e permanente do delito de desaparecimento forçado. Desde o *Caso Blake*, a Corte Interamericana possui entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que o crime de desaparecimento forçado será considerado contínuo ou permanente enquanto não se estabelecer o destino ou o paradeiro da vítima. Nesse sentido, também dispõe o art. 3º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas¹¹³. Com base nesse entendimento, o próprio Estado do Paraguai reconheceu a competência da Corte IDH para conhecer do presente caso.

34.2.4. Diferenciação entre crime de Estado, terrorismo de Estado e políticas de Estado. O juiz Cançado Trindade destacou em seu voto a importância de se diferenciar as expressões *crime de Estado*, *terrorismo de Estado* e *políticas de Estado*, afirmando que “Terrorismo de Estado significa que o Estado se converte em terrorista, planta medo e alarma na po-

¹¹² Para um maior aprofundamento, ver: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os tribunais internacionais e a realização de justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 315.

¹¹³ “Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima. Os Estados Partes poderão estabelecer circunstâncias atenuantes para aqueles que tiverem participado de atos que constituam desaparecimento forçado, quando contribuam para o aparecimento com vida da vítima ou forneçam informações que permitam esclarecer o desaparecimento forçado de uma pessoa”.

pulação, causa a angústia que perturba gravemente a paz no seio da sociedade. Política de Estado implica que este mesmo ente – um ente complexo e diverso, que certamente não é uma pessoa física, um indivíduo, nem se resume a uma quadrilha criminoso – assuma um plano e o desenvolva através de certas condutas que se disciplinam ao fim e à estratégia desenhados pelo próprio Estado. Igualmente, a noção de um crime de Estado, se nos atemos ao significado literal da expressão, instala-se na hipótese de que o Estado comete crimes” (§ 20). Assim, podemos diferenciar tais expressões da seguinte maneira:

Diferenciação entre as expressões <i>terrorismo de Estado</i> , <i>política de Estado</i> e <i>crime de Estado</i>	
Terrorismo de Estado	É materializado nas situações em que o Estado se converte em terrorista, planta medo e o alarma na população, causando a angústia que perturba gravemente a paz no seio da sociedade.
Política de Estado	É materializada nas situações em que o Estado assume um plano e o desenvolve por meio de certas condutas que se disciplinam ao fim desenhado pelo próprio Estado.
Crime de Estado	Ocorre na hipótese em que o próprio Estado comete crimes, como, por exemplo, nos casos envolvendo agentes estatais no período ditatorial.

34.3. Conexões com o Direito brasileiro

34.3.1. Regime de prescrição do delito de desaparecimento forçado. Tema pouco debatido na doutrina é o duplo regime prescricional do delito de desaparecimento forçado. Segundo o art. 7º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, “A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição”. No entanto, o próprio art. 7º do referido tratado internacional prevê que “Quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado-Parte”. Desse modo, não é correto afirmar que o delito de desaparecimento forçado deve ser considerado imprescritível, uma vez que a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas excepciona tal situação em caso de existência de uma norma de caráter fundamental impedindo tal imprescritibilidade.

34.3.2. O acesso à justiça e as 100 regras de Brasília. Conforme já comentado, foi a partir do *Caso Goiburú* que o direito ao acesso à justiça ganhou roupagem de norma de *jus cogens*. Nesse sentido, a comunidade internacional idealizou uma espécie de manual para concretizar o acesso à justiça aos mais vulneráveis. Trata-se do documento conhecido como “As 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça”. Tais regras sobre acesso à justiça foram elaboradas no ano de 2008 durante a Cúpula Judicial Ibero-Americana, realizada em Brasília, e visam orientar a contínua implementação de condições que facilitem o acesso à justiça para aquelas pessoas que estão em situação vulnerável. Em que pese o documento internacional em questão possuir o caráter de *soft law*, ele vem sendo muito utilizado pelas instituições nacionais e internacionais.

35. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile

Sentença de 26.09.2006

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

35.1. Resumo do caso

O caso versa sobre a execução extrajudicial do Sr. Luis Alfredo Almonacid Arellano, militante da esquerda chilena e integrante do Partido Comunista, por agentes do Estado do Chile no período ditatorial. Após a falta de investigação e punição dos responsáveis, os familiares da vítima peticionaram perante a CIDH em setembro de 1998. Fracassadas as tentativas de solucionar a demanda, a CIDH submeteu o caso à Corte Interamericana.

Após o processamento do caso, a Corte IDH declarou a responsabilidade do Estado do Chile pela execução extrajudicial do Sr. Luis Alfredo Almonacid Arellano. Além disso, estipulou um *quantum* indenizatório aos familiares da vítima, o dever de investigar e punir os responsáveis pelo ocorrido, além de decretar a inconveniência da lei de anistia.

35.2. Pontos importantes

35.2.1. Inauguração formal da doutrina do controle de convencionalidade no continente americano. Pode-se afirmar que o julgamento do *Caso Almonacid Arellano* inaugurou formalmente a doutrina do controle de convencionalidade no âmbito da Corte IDH. O controle de convencionalidade consiste no processo de verificação da compatibilidade de uma norma ou prática interna em face de normas internacionais de proteção dos direitos humanos, sendo a expressão “normas” empregada aqui num sentido mais amplo, abrangendo não apenas os tratados, mas também a jurisprudência internacional e em alguns casos até mesmo outras fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como o costume internacional e as normas *soft law*.

Embora todos os órgãos judiciais ou quase-judiciais de proteção internacional dos direitos humanos pratiquem, em menor ou maior grau, o controle de convencionalidade, trata-se de uma *teoria* ou de uma *doutrina* que foi concebida principalmente no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O fundamento normativo do controle de convencionalidade se encontra principalmente nos artigos 1.1, 2º e 29 da CADH, assim como nos artigos 26 e 27 da CVDT. Dos artigos 1.1 e 2º da CADH decorre a obrigação dos Estados de desenvolverem práticas dirigidas à observância efetiva dos direitos consagrados na Convenção, de modo que é necessário que a interpretação das leis domésticas seja ajustada a cumprir com a obrigação de respeito e garantia. Do art. 29 da CADH decorre a obrigação das autoridades de permitirem o mais amplo possível gozo e exercício dos direitos estabelecidos na Convenção ou em outros instrumentos nacionais ou internacionais. Finalmente, os princípios da boa-fé, efeito útil e *pacta sunt servanda*, assim como a proibição de invocar o direito interno como justificativa para o descumprimento dos tratados, em conformidade com os artigos 26 e 27 da CVDT, complementam o dever das autoridades estatais de garantirem o cumprimento das obrigações do Estado conforme a Convenção Americana. Este elemento,

juntos, fundamentam a existência do controle de convencionalidade¹¹⁴.

A doutrina ou teoria do controle de convencionalidade foi e continua sendo desenvolvida pela Corte IDH ao longo de anos e dezenas de casos contenciosos e opiniões consultivas. É possível dividir o processo de evolução desta doutrina ou teoria em três etapas:

Primeira etapa: as primeiras aproximações ao controle de convencionalidade nos votos do juiz Sérgio García Ramírez, da Corte IDH. Votos nos casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003), *Tibi vs. Equador* (2004) e *López Álvarez vs. Honduras* (2006).

Segunda etapa: aparecimento expresso do termo “controle de convencionalidade” em julgamento da Corte IDH. Em 2006, ao julgar o *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, a Corte IDH citou pela primeira vez, de forma expressa, o termo “controle de convencionalidade” para apontar a falha do Poder Legislativo de suprimir leis contrárias à CADH, frente à qual o Poder Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia, devendo se abster de aplicar qualquer normativa contrária à Convenção.

Terceira etapa: definição do alcance do controle de convencionalidade. O *Caso Almonacid Arellano* foi o ponto de partida. Posteriormente, em outros casos, a Corte IDH definiu mais precisamente o conteúdo e o alcance do controle de convencionalidade.

Voltando ao *Caso Almonacid Arellano*, vejamos o trecho em que a Corte IDH adota a expressão “controle de convencionalidade” – no corpo da sua sentença – para ressaltar a obrigação das autoridades nacionais de verificarem a compatibilidade da legislação interna com o Direito Internacional dos Direitos Humanos vigente no país:

“A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 126).

Assim, com o precedente gerado no *Caso Almonacid Arellano*, o controle de convencionalidade passou a ser encarado como um dever de ordem pública a ser exercido pelos Estados americanos.

¹¹⁴ Neste sentido, ver: ROJAS, Claudio Nash. *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XIX, Bogotá, 2013, p. 493-495.

35.2.2. Princípios reitores do controle de convencionalidade. Conforme todo ramo do Direito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos também possui o seu arcabouço principiológico próprio. Em que pese seja pouco desenvolvido na doutrina brasileira, o tema é bastante difundido pelos autores estrangeiros. Nesse sentido, passaremos a expor alguns princípios que devem orientar toda e qualquer autoridade pública no exercício do controle de convencionalidade.

35.2.2.1. Princípio da presunção relativa de convencionalidade dos atos normativos internos. Assim como vigora no ordenamento jurídico pátrio uma presunção relativa de constitucionalidade dos atos normativos, vislumbramos, no âmbito da análise da convencionalidade dos atos normativos internos, uma presunção relativa de convencionalidade, uma vez que todo e qualquer Estado possui o dever de editar a sua legislação interna em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos. Ao menos na teoria, a partir do momento em que o Estado se torna parte de determinado tratado internacional, ou não caracterizado como objeto persistente em relação a determinado costume internacional, ele passa a ter um compromisso para com os seus nacionais de editar a sua legislação interna em conformidade com o arcabouço normativo da proteção internacional de direitos humanos. Portanto, é possível afirmar que os atos normativos internos nascem com uma presunção relativa de convencionalidade, uma vez que a normativa internacional de direitos humanos é observada, ao menos na teoria, no momento da edição dos atos internos¹¹⁵.

Ainda sobre esse tema, observamos a existência do fenômeno chamado de *"treaty override"*, que retrata os casos nos quais o Estado legisla de forma contrária aos tratados internacionais de direitos humanos. Nesses casos, a legislação interna nascerá com uma presunção relativa de inconvenção, uma vez que o ato normativo interno estará, desde a sua origem, contrariando os tratados internacionais de direitos humanos.

35.2.2.2. Princípio da interpretação conforme os direitos humanos. Todos os juízes e autoridades públicas que estiverem no exercício do controle de convencionalidade possuem o dever de interpretar os atos normativos internos à luz da proteção internacional dos direitos humanos. É dizer, os tratados internacionais de direitos humanos nos quais o Estado é parte, os costumes internacionais, os princípios gerais do direito e os atos internacionais unilaterais das organizações internacionais devem ser observados na interpretação das leis e atos normativos internos, sempre em busca da interpretação que materializa a proteção mais ampla para o indivíduo.

35.2.2.3. Princípio da progressividade. Segundo o art. 29 da CADH, nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de "permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos

¹¹⁵ Sobre o princípio da presunção relativa de convencionalidade dos atos normativos internos, vejamos a lição de Daniel Sarmento: "Mas, diante de democracias constitucionais, é preferível partir-se da premissa de que a legislação interna representa um esforço de concretização dos direitos humanos à luz das especificidades locais e das escolhas políticas do povo. Claro que esta deve ser uma presunção de convencionalidade relativa, que as cortes internacionais podem afastar" (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais, Constituição e direito internacional: diálogos e fricções. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 327).

na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista” ou “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”. Desse modo, o princípio da progressividade, também chamado de máxima integridade dos direitos humanos, busca o desenvolvimento e a extensão da proteção dos direitos humanos, e em nenhum momento a interpretação realizada no exercício do controle de convencionalidade pode ser restritiva ou aplicada de forma a amesquinhar a proteção que já vinha sendo previamente aplicada¹¹⁶.

35.2.2.4. Princípio da interpretação internacionalista. Ao interpretar os tratados internacionais de direitos humanos e demais normas do *bloco de convencionalidade*, o intérprete deve analisar a situação à luz dos precedentes internacionais de direitos humanos, sob pena de subverter a lógica interpretativa dos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, quem determina o significado e o alcance normativo dos dispositivos da CADH é a própria Corte IDH, e não os Estados signatários do tratado internacional, afinal, se os Estados estivessem aptos a determinar qual o verdadeiro alcance e significado dos dispositivos previstos em qualquer dos tratados internacionais de direitos humanos, haveria mais de vinte significados diferentes acerca do direito à vida, direito à integridade pessoal etc., uma vez que cada Estado formularia a sua concepção sobre o assunto, o que ocasionaria uma extrema insegurança jurídica, além de esvaziar a função contenciosa e consultiva dos tribunais internacionais de direitos humanos. Portanto, ao se interpretar um tratado internacional de direitos humanos, ou outra norma que compõe o *bloco de convencionalidade*, o intérprete deve, a partir de uma hermenêutica jurídica cosmopolita, seguir o entendimento dos tribunais internacionais de direitos humanos sobre o assunto, uma vez que estes desempenham a *interpretação internacionalista* por excelência, sob pena de se criar um “tratado internacional nacional”¹¹⁷.

35.2.2.5. Princípio da atipicidade dos meios de controle de convencionalidade. Em matéria de controle de convencionalidade, a Corte Interamericana já consolidou o entendimento no sentido de que “A Convenção Americana de Direitos Humanos não impõe uma forma ou modelo específico de realização do controle de convencionalidade” (*Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, § 124). Desse modo, vislumbramos aqui a existência do *princípio da atipicidade dos meios de controle de convencionalidade*, uma vez que a própria jurisprudência internacional revela a inexistência de uma forma específica ou oficial de exercer o controle de convencionalidade. Assim, é possível afirmar que as questões formais são postas em segundo plano, dando-se primazia ao ajustamento material dos atos internos às normas internacionais de direitos humanos.

35.2.2.6. Princípio da interpretação *pro persona*. Também conhecido como princípio *pro*

¹¹⁶ Sobre o princípio da progressividade, vejamos a lição de García Ramírez e Moráles Sanchez: “A progressividade dos direitos humanos estabelece a obrigação do Estado de tentar todos os meios possíveis para a sua satisfação em cada momento histórico e proíbe qualquer reversão ou regressão nesta tarefa” (*La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*). México: Porrúa y UNAM, 2011, p. 99).

¹¹⁷ Para um aprofundamento acerca da *interpretação internacionalista* e a figura do “tratado internacional nacional”, ver: RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

homine, o princípio *pro persona* está previsto no art. 29 da CADH e dispõe acerca da necessidade de o intérprete das normas internacionais de direitos humanos buscar sempre a interpretação mais protetiva ou favorável ao indivíduo. Em que pese o tema pareça de fácil assimilação, atualmente se discute o ponto de partida do princípio *pro persona*, afinal, a interpretação deve ser mais favorável para quem? Discute-se, por exemplo, no caso envolvendo a execução provisória da pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de a sociedade, concebida como um conjunto de pessoas, gozar da interpretação *pro persona*. O tema é polêmico e ainda não possui uma resposta definitiva dos tribunais internacionais, embora estes já tenham reconhecido que a principiologia do Direito Internacional dos Direitos Humanos também se aplica às vítimas do caso¹¹⁸.

Princípios reitores do controle de convencionalidade	
Princípio da presunção relativa de convencionalidade dos atos normativos internos	Assim como vigora no ordenamento jurídico interno uma presunção relativa de constitucionalidade dos atos normativos, tem-se no âmbito da análise da convencionalidade dos atos normativos internos uma presunção relativa de convencionalidade.
Princípio da interpretação conforme os direitos humanos	Os atos normativos internos devem ser interpretados conforme o que dispõem os tratados internacionais de direitos humanos.
Princípio da progressividade	Também chamado de princípio da máxima integridade dos direitos humanos, impõe que o controle de convencionalidade não seja exercido para restringir a proteção dos direitos humanos.
Princípio da interpretação internacionalista	Ao exercer o controle de convencionalidade, o intérprete deve analisar a situação à luz dos tratados internacionais e dos precedentes internacionais de direitos humanos.
Princípio da atipicidade dos meios de controle de convencionalidade	A jurisprudência internacional não exige uma forma específica ou oficial de se exercer o controle de convencionalidade.
Princípio da interpretação <i>pro persona</i>	Também conhecido como princípio <i>pro homine</i> , impõe que, no exercício do controle de convencionalidade, se busque sempre a interpretação mais protetiva ou mais favorável ao indivíduo.

35.2.3. Efeitos do controle de convencionalidade. Com a realização do controle de convencionalidade, uma vez constatada a inconventionalidade de determinada norma, esta não pode ser expurgada do ordenamento jurídico interno, salvo nos casos em que a norma

¹¹⁸ No *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*, a Corte IDH reconheceu que o direito ao prazo razoável deve ser analisado também à luz da perspectiva das vítimas de violações de direitos humanos. Ainda nesse sentido, ao analisar o *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, a Corte IDH reconheceu que as vítimas possuem o direito de ver os seus violadores de direitos humanos serem processados e julgados pelo Estado.

é tida como inconvenção e inconstitucional, em um exercício simultâneo do controle de constitucionalidade concentrado e do controle de convencionalidade. Assim, nos casos de inconvenção de determinada norma, além do efeito de afastamento, no qual a norma permanece “viva”, porém sem ser aplicada, irradia-se também o chamado *efeito paralisante*, no qual se “paralisa” a eficácia da norma declarada inconvenção, embora ela continue existindo no ordenamento jurídico.

Efeitos do controle de convencionalidade	
Efeito paralisante	Paralisa a eficácia da norma declarada inconvenção.
Efeito de afastamento	Afasta a aplicação da norma declarada inconvenção.

35.2.4. Graus de intensidade do controle de convencionalidade difuso. Segundo o juiz da Corte Interamericana, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, o controle de convencionalidade, quando exercido pelos intérpretes e tribunais domésticos, possui três níveis (ou graus) de intensidade¹¹⁹.

Graus de intensidade do controle de convencionalidade difuso na visão de Mac-Gregor	
Grau baixo	O intérprete da norma realiza uma interpretação dos atos normativos internos que seja “conforme” as normas internacionais.
Grau médio	O intérprete considera que não há forma de compatibilizar, por meio do princípio da interpretação conforme, a aplicação da norma interna com a norma internacional. Portanto, deixa de aplicar a norma interna em detrimento da norma internacional.
Grau alto	Verifica-se nos casos em que o intérprete possui a faculdade de expulsar do ordenamento jurídico interno a norma doméstica que considere inconvenção. No caso do Brasil, só é possível quando o STF ou um Tribunal de Justiça de um determinado Estado reconhecer, de forma simultânea, a inconstitucionalidade diante de juízo abstrato e concentrado e, ao mesmo tempo, a inconvenção de determinada norma.

Ainda sobre os graus do controle de convencionalidade, lembramos ao leitor que essa classificação foi desenvolvida precipuamente à luz do controle de convencionalidade difuso, exercido pelas autoridades e tribunais nacionais, uma vez que a Corte Interamericana e os demais tribunais internacionais não são dotados de poder para expurgar um ato normativo interno do ordenamento jurídico de determinado Estado, embora possam determinar que os Estados assim o façam.

35.2.5. Normas paramétricas no controle de convencionalidade. Não são apenas os tratados internacionais de direitos humanos que podem servir de parâmetro para o

¹¹⁹ Para um maior aprofundamento sobre os níveis de intensidade do controle de convencionalidade, ver: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (coords.). *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*. UNAM-IIIJ. México, 2011, p. 339-429.

controle de convencionalidade, mas também outras fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como os costumes internacionais, os princípios gerais de direito, os atos unilaterais, as resoluções vinculantes de organizações internacionais, além da jurisprudência internacional (consultiva e contenciosa). Assim, em que pese a forma mais comum de controle de convencionalidade envolva a utilização da CADH como norma internacional paramétrica, há a possibilidade da utilização de outras normas internacionais para controlar a convencionalidade da legislação dos Estados.

35.2.6. O controle de convencionalidade pode ser exercido de ofício pelos órgãos do Poder Judiciário. Uma questão de muita importância é a possibilidade ou não de os órgãos do Poder Judiciário exercerem o controle de convencionalidade de ofício. Foi a partir do julgamento do *Caso Almonacid Arellano* que a Corte IDH reconheceu a natureza de “questão de ordem pública” do controle de convencionalidade. Portanto, não há qualquer óbice para o exercício do controle de convencionalidade de ofício pelos membros do Poder Judiciário. Nesse sentido, a Corte IDH já decidiu que “Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também se submetem a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da convenção não seja obstruído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e finalidade. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também ‘de convencionalidade’ ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, observados os limites de suas respectivas competências e das normas processuais correspondentes. Essa função não deve se limitar às manifestações ou atos dos demandantes em cada caso, mas não implica que esse controle deve ser exercido sempre, sem considerar outras ações formais e materiais admissíveis e tal” (*Caso Funcionários demitidos do Congresso vs. Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 128). Portanto, segundo a própria jurisprudência da Corte Interamericana, os órgãos do Poder Judiciário não só podem, como devem exercer o controle de convencionalidade de ofício.

35.2.7. Controle de convencionalidade forte versus controle de convencionalidade fraco. De acordo com as lições do professor chileno Pablo Contreras, o controle de convencionalidade pode ser classificado em *forte*, *fraco* e *diretriz*. O *controle de convencionalidade forte* consiste na situação em que a autoridade pública deixa de aplicar a norma interna em razão de ela violar o bloco de convencionalidade e a própria jurisprudência internacional, incidindo, nesse caso, o *efeito de afastamento* do controle de convencionalidade. Já o *controle de convencionalidade fraco*, também chamado de *débil*, se caracteriza como um mandado de interpretação das normas internas conforme o conteúdo disposto nos tratados internacionais de direitos humanos e na jurisprudência internacional. Nessa modalidade de exercício do controle de convencionalidade, a norma interna não seria deixada de lado no caso concreto, mas interpretada à luz do bloco de convencionalidade e da jurisprudência internacional de direitos humanos. Assim, o *controle de convencionalidade débil* busca resolver a antinomia aparente entre a ordem jurídica interna e internacional por meio da interpretação, evitando o *efeito de afastamento* da norma interna. Há ainda, o controle de convencionalidade *como diretriz*, que surgiu por meio da jurisprudência da Corte Interamericana, consistindo na ampliação para toda e qualquer autoridade pública o dever de

exercer o controle de convencionalidade¹²⁰.

35.2.8. Imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade fundada em norma internacional consuetudinária. No julgamento do *Caso Almonacid Arellano*, a Corte IDH reconheceu a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade com fundamento em uma norma internacional consuetudinária, pouco importando se o país é signatário da Convenção da ONU sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade¹²¹. Assim, para a Corte Interamericana, “Mesmo que o Chile não tenha ratificado essa Convenção [da ONU], esta Corte considera que a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade surge como norma de Direito Internacional Geral (jus cogens), que não nasce com a Convenção, mas que está nela reconhecida. Consequentemente, o Chile não pode deixar de cumprir essa norma imperativa” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 153).

35.2.9. O *Caso Almonacid Arellano* como primeiro passo para a integração do conceito de crimes contra a humanidade ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Em seu voto no julgamento do *Caso Almonacid Arellano*, o juiz Cançado Trindade teceu algumas considerações acerca do conceito de crimes contra a humanidade, estabelecendo uma confluência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional. Vejamos um trecho do voto de Cançado Trindade: “Em meu recente Curso Geral de Direito Internacional Público ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia (2005), ponderei que, em realidade, já na aurora do Direito Internacional, acode-se a noções básicas de humanidade para reger a conduta dos Estados. O que, com o passar do tempo, veio a denominar-se ‘crimes contra a humanidade’, emanou, originalmente, do Direito Internacional consuetudinário, para desenvolver-se conceitualmente, mais tarde, no âmbito do Direito Internacional Humanitário, e, mais recentemente, no do Direito Penal Internacional. Aqui nos encontramos no domínio do jus cogens, do direito imperativo. Na ocorrência de tais crimes vitimizando seres humanos, a própria humanidade é do mesmo modo vitimada. Isso foi expressamente reconhecido pelo TPIY (no caso Tadic, 1997); tais crimes afetam a consciência humana (TPIY, caso Erdemovic, 1996), – a consciência jurídica universal, – e tanto os indivíduos afetados como a própria humanidade tornam-se vítimas dos mesmos. Esta linha de entendimento, que alcançou o Direito Internacional Humanitário e o Direito Penal Internacional contemporâneo, deve, segundo meu juízo, integrar-se também ao universo conceitual do Direito Internacional

¹²⁰ Para um maior aprofundamento sobre a classificação exposta, ver: CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ius et Praxis*, vol. 20, n. 2, Talca, 2014.

¹²¹ É importante ressaltar que em novembro de 2016 o STF indeferiu a Extradição 1.362, na qual o Estado da Argentina pleiteava a entrega do sr. Salvador Siciliano, acusado de sequestrar e matar militantes políticos de esquerda no período de 1973 a 1975. Segundo o pedido formulado pelo Estado argentino, os crimes de lesa-humanidade a ele atribuídos seriam imprescritíveis de acordo com a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968. No entanto, a maioria dos ministros do STF rejeitou o pleito sob o argumento de que o Estado brasileiro não subscreveu a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Da mesma forma, os ministros que votaram pela rejeição da extradição não reconheceram a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como uma norma internacional consuetudinária e passível de ser aplicada diretamente no ordenamento jurídico pátrio. Ficou vencido o min. Fachin, que reconheceu a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

dos Direitos Humanos. A presente Sentença da Corte Interamericana no presente caso *Almonacid Arellano e Outros* constitui um primeiro passo neste sentido” (§ 28).

35.2.10. Excepcionalidade da jurisdição militar e a impossibilidade da Justiça castrense julgar civil. A Corte IDH reiterou a sua jurisprudência no sentido de que, num Estado Democrático de Direito, “(...) a jurisdição penal militar deve ter um alcance restritivo e excepcional e deve estar voltada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções que a lei atribui às forças militares. Por isso, deve julgar apenas militares pelo cometimento de delitos ou faltas que, por sua própria natureza, atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 131).

35.2.11. As leis de autoanistia violam a CADH e o próprio acesso à justiça. Ao julgar o *Caso Almonacid Arellano*, a Corte Interamericana reconheceu que as leis de autoanistia violam a Convenção Americana, uma vez que, por vezes, anistiam crimes de *jus cogens* e violam o acesso à justiça dos familiares das vítimas. Trata-se de entendimento clássico da Corte IDH, que já foi, inclusive, aplicado contra o Brasil, no julgamento do *Caso Gomes Lund*.

35.3. Conexões com o Direito brasileiro

35.3.1. Inconvencionalidade da prisão do depositário infiel e a posição do Supremo Tribunal Federal. A norma constitucional que prevê a possibilidade de prisão do depositário infiel é uma norma constitucional originária, logo, embora possa ser alvo de controle de convencionalidade, não pode ser alvo de controle de constitucionalidade, já que o STF não admite a tese das “normas constitucionais inconstitucionais” para as normas originárias da Constituição. Dessa forma, exercendo um controle de convencionalidade e com fulcro no princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, é possível afirmar que o STF aplicou o *efeito paralisante* do controle de convencionalidade na norma da Constituição Federal de 1988 que admitia a possibilidade da prisão do depositário infiel (HC 96.772, rel. min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 09.06.2009). Nesse sentido, inclusive, o STF editou a Súmula Vinculante 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Assim, a impossibilidade de se decretar a prisão do depositário infiel com base nas normas internacionais de direitos humanos materializa o fenômeno conhecido como “convencionalização do direito civil”¹²².

36. Caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru

Sentença de 25.11.2006	<i>Mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 02.08.2008	<i>Interpretação da sentença de mérito, reparações e custas</i>

36.1. Resumo do caso

¹²² A *convencionalização do direito civil* consiste na interpretação das normas de Direito Civil à luz das convenções internacionais de direitos humanos. Sobre o tema, ver: CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. *Convencionalização do Direito Civil: a aplicação de tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas*. Revista de Direito Internacional (UNICEUB), Brasília, v. 12, n. 2, p. 341-354, jul/dez 2015.

Os fatos do presente caso se desenvolveram no marco do conflito armado no Peru. Entre os dias 6 e 9 de maio de 1992, o Estado peruano executou uma operação chamada “Remoção 1”, cuja presumida finalidade era o traslado de aproximadamente 90 mulheres presas no estabelecimento penal “Miguel Castro Castro” para centros penitenciários femininos. A Polícia Nacional derrubou parte da parede externa do pátio do pavilhão 1A utilizando explosivos. Simultaneamente, os efetivos policiais tomaram o controle dos tetos do presídio abrindo buracos, por meio dos quais realizaram disparos com armas de fogo. Além disso, os agentes estatais, polícia e exército, utilizaram armas de guerra, explosivos, bombas lacrimogêneas, vomitivas e paralisantes contra as internas. Finalmente, o ataque se produziu com foguetes lançados de helicópteros, fogo de morteiro e granadas. A operação gerou a morte de dezenas de internos, assim como deixou muitos feridos. Os sobreviventes foram objeto de golpes e agressões. Muitos dos feridos foram mantidos sem atenção médica por vários dias e os feridos que foram trasladados ao hospital não receberam os medicamentos nem a atenção médica de que necessitavam. Três das mulheres presas no estabelecimento penal “Miguel Castro Castro” estavam grávidas.

O Estado reconheceu parcialmente a sua responsabilidade internacional pelos fatos ocorridos até maio de 1992. Após todo o processamento do caso, a Corte IDH o condenou pela violação do direito à vida dos 41 internos falecidos (CADH, art. 4º), pela violação do direito à integridade física e psicológica dos internos sobreviventes (CADH, arts. 5.1 e 5.2), ressaltando que a ação do Estado consistiu em tortura, violando, então, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (arts. 1º, 6º e 8º). Em relação às três mulheres presas que estavam grávidas, a Corte considerou que a violação aos tratados restou agravada, eis que a violência lhes afetou em maior medida. Na sequência, considerando as condições de detenção e tratamento a que foram submetidos os internos transferidos para outros centros prisionais, a Corte reconheceu uma nova violação da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. A Corte também entendeu que o Estado violou o direito à integridade pessoal dos familiares das vítimas (CADH, art. 5.1). Prosseguindo, entendeu a Corte IDH que o Estado violou o direito às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos arts. 8.1 e 25 da CADH, em relação à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, bem assim relacionado a diversos dispositivos da Convenção Interamericana sobre Tortura. Finalmente, entre outros comandos decisórios, a Corte Interamericana determinou que o Estado, dentro de um prazo razoável, investigasse eficazmente os fatos denunciados no presente caso e punisse os responsáveis, e, além disso, que implementasse programas de educação em direitos humanos dirigidos a agentes das forças de segurança peruanas, bem como indenizasse as vítimas pelos danos materiais e morais sofridos.

36.2. Pontos importantes

36.2.1. Primeiro caso de aplicação da Convenção de Belém do Pará e também o primeiro caso sobre violência de gênero contra a mulher. Conforme registrou o juiz García Ramírez em seu voto no julgamento do *Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, a Corte IDH “(...) ainda não havia recebido consultas ou litígios que tivessem como personagem principal – ou, ao menos, como um dos personagens principais, de maneira específica – a mulher” (§ 8º). Embora a operação executada pelo Estado peruano tenha violado os

direitos humanos de homens e mulheres que estavam naquele estabelecimento penal, a Corte IDH reconheceu que “(...) as mulheres se viram afetadas pelos atos de violência de maneira diferente dos homens; (...) alguns atos de violência foram dirigidos especificamente contra elas e outros atos lhes afetaram em maior proporção que homens” (Mérito, reparações e custas, § 223). Para comprovar essa afirmação, basta lembrarmos que algumas das mulheres presas estavam grávidas e também que algumas das mulheres sobreviventes, conforme depoimento em audiência pública na Corte IDH, disseram ter adiado ou abandonado o projeto de ter filhos para seguir em busca da verdade e da justiça. Por isso, com razão, Cançado Trindade advertiu em seu voto que “O presente caso não pode ser adequadamente examinado sem uma análise de gênero” (§ 58). Prosseguindo em seu voto, Cançado Trindade primeiro afirma que a percepção do tempo pode não ser a mesma para mulheres e homens, ressaltando que “O presente caso da Prisão de Castro Castro revela uma aproximação entre o tempo psicológico e o tempo biológico, evidenciado por algo sagrado que no presente caso foi violado: o projeto e a vivência da maternidade. A maternidade, que deve ser cercada de cuidados e respeito e reconhecimento, durante toda a vida e no pós-vida, foi violentada no presente caso de forma brutal e numa escala verdadeiramente intertemporal” (§ 60).

Assim, portanto, o *Caso do Presídio Miguel Castro Castro* possui uma dupla importância histórica, tendo sido o primeiro caso em que a Corte IDH aplicou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e também o primeiro caso enfrentado pela Corte em que houve uma abordagem sobre violência de gênero contra a mulher. Atenção para não confundir: conforme veremos mais à frente, o *Caso González e outras vs. México* (“*Campo Algodoeiro*”) foi o primeiro precedente da Corte IDH sobre *violência estrutural* de gênero contra a mulher, ficando com o *Caso do Presídio Miguel Castro Castro* o destaque de ter sido o primeiro sobre *violência de gênero* contra a mulher (sem a extensão necessária para ser considerado *estrutural*).

36.2.1.1. A perspectiva de gênero em recente julgamento do TEDH sobre prisão perpétua. Outra interessante abordagem de gênero em matéria prisional ocorreu recentemente, em janeiro de 2017, no âmbito do TEDH, que considerou válida e compatível com a CEDH uma legislação russa que proibia a pena de prisão perpétua para mulheres, admitindo-a, porém, para homens com idade entre 18 e 65 anos (*Caso do Khamtokhu e Aksenchik vs. Rússia*).

36.3. Conexões com o Direito brasileiro

36.3.1. O feminismo como instrumento de irresignação contra a violência de gênero. O termo “feminismo” é derivado do francês, “feminisme”, e foi cunhado pela primeira vez por Charles Fourier. O feminismo é um movimento social e político que possui como sua principal causa ideológica a luta pela igualdade de gênero e seus consectários, como, por exemplo, o combate à violência de gênero. Ao longo da história desse movimento, costumam-se distinguir três ondas do feminismo¹²³:

¹²³ Ver: Humm, Maggie. *The dictionary of feminist theory*. Columbus: Ohio State University Press, 1990, p. 278.

Ondas do feminismo	
Primeira onda	Originou-se por meio do movimento sufragista realizado durante o século XIX e início do século XX em todo o mundo, em particular em países como França, Reino Unido, Canadá, Países Baixos e Estados Unidos.
Segunda onda	Trata-se de um período de atividade feminista que começou na década de 1960 nos EUA e foi se espalhando por todo o mundo ocidental. A segunda onda do feminismo ampliou a discussão, abordando várias questões, como, por exemplo, a sexualidade, a família, o mercado de trabalho, os direitos sexuais e reprodutivos, além da igualdade de gênero. A segunda onda feminista também chamou a atenção para questões como o problema do estupro conjugal e da violência doméstica e familiar contra a mulher.
Terceira onda	A terceira onda do feminismo teve início no começo dos anos 1990, como resposta aos supostos defeitos das duas primeiras ondas feministas. A terceira onda do feminismo expande os temas feministas para incluir um grupo diversificado de mulheres com um conjunto de identidades variadas, e não apenas as mulheres brancas e mais abastadas financeiramente. Desse modo, as feministas ampliaram seus objetivos, com foco em ideias novas e abolindo expectativas e estereótipos baseados em gêneros. Temas polêmicos como pornografia, trabalho sexual e prostituição não encontram um consenso entre as feministas desta onda.

Segundo a socióloga Nancy Fraser, maior autoridade mundial sobre o tema, as situações de desigualdade e injustiça resultam, basicamente, de dois *fronts*, a distribuição e o reconhecimento. Os problemas de reconhecimento estariam atrelados a questões precipuamente culturais, uma vez que retratam o modo como determinadas minorias são enxergadas no contexto social. Já os problemas de distribuição dizem respeito à seara econômica, uma vez que decorrem de uma partilha não equitativa das riquezas e recursos na sociedade, o que pode vir a causar certa estigmatização nos integrantes dessas minorias. Recentemente, Nancy Fraser acrescentou mais um *front* determinante para se aferir uma situação de igualdade, qual seja, a representação, uma vez que, na ampla maioria dos casos, as minorias estigmatizadas não possuem representantes nos órgãos políticos, o que acaba por ocasionar uma asfixiação das maiorias sobre as minorias. Assim, para a professora Nancy Fraser, o fortalecimento do feminismo e a luta pela igualdade de gênero devem ser pautados pelas correções de assimetrias geradas nesses três *fronts*, quais sejam, a distribuição, o reconhecimento e a representação¹²⁴. Por fim, há ainda quem utilize a expressão “pós-feminismo” para retratar uma falsa obsolência do movimento feminista¹²⁵.

¹²⁴ Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Verso books, 2004.

¹²⁵ A expressão “pós-feminismo” retrata uma lenda, cada vez mais presente no imaginário popular, de que os ideais do movimento feminista estariam exauridos e ultrapassados, seja em razão do esgotamento de possíveis reivindicações, seja em razão das diversas conquistas alcançadas pelo movimento, afinal, os pós-feministas acreditam que foram vencidos os obstáculos que fizeram emergir as insurgências do movimento, estando a minoria feminina consolidada no âmbito social e o feminismo, obsoleto. Para maiores informações sobre o pós-feminismo, ver: MARTINS, Fernanda; GOTINSKI, Aline. *Estudos feministas por um direito menos machista*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

36.3.2. Situação prisional de mulheres que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade.

Identificamos uma conexão do *Caso do Presídio Miguel Castro Castro* com o HC 143.641, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 20.02.2018, no qual o STF enfrentou a gravíssima violação de direitos humanos provocada pela privação da liberdade de mulheres gestantes ou com filhos de até 12 anos de idade sob sua responsabilidade. Vejamos alguns trechos relevantes da ementa, que em grande parte decorreram de uma compreensão do tema a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos:

“VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos.

VIII – ‘Cultura do encarceramento’ que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.

IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o ‘caso Alynne Pimentel’, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas.

X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração.

X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.

XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.

XIII – Acolhimento do *writ* que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais.

XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionabilíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima”.

Após o julgamento do HC 143.641 pelo STF, o Congresso Nacional aprovou a Lei 13.769/2018, que fez inserir no CPP os artigos 318-A e 318-B:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Em que pese a decisão do STF e a alteração legislativa, uma parcela expressiva dos juízes ainda resiste em substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, valendo-se de argumentos dos mais diversos, o que tem provocado um litígio constante perante o Supremo a fim de garantir a autoridade da decisão proferida no HC 143.641.

37. Caso da Chacina da Rochela vs. Colômbia

Sentença de 11.05.2007

Mérito, reparações e custas

37.1. Resumo do caso

Em janeiro de 1989, um grupo paramilitar, com a ajuda e aquiescência de agentes estatais, executou extrajudicialmente mais de vinte pessoas, além de causar ferimentos em outras dez. As vítimas eram todas funcionárias da administração da justiça colombiana e cumpriam uma diligência na investigação de civis e militares pela chacina de 19 comer-

ciantes, assim como outros atos de violência. O caso chegou até a CIDH, que, após não conseguir solucioná-lo, o submeteu à Corte Interamericana.

No processamento do caso perante a Corte IDH, o Estado da Colômbia reconheceu parcialmente a sua responsabilidade, tendo sido condenado por violar o direito à vida das vítimas falecidas na chacina de La Rochela, além de responsabilizado por violar o direito à integridade pessoal das vítimas não falecidas e dos familiares dos falecidos.

37.2. Pontos importantes

37.2.1. Não é possível postular a anulação ou modificação da sentença proferida pela Corte IDH via pedido de interpretação. Segundo o art. 67 da CADH, “A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da notificação da sentença”. Trata-se do denominado *recurso de interpretação*, que funciona como uma espécie de embargos de declaração. Ocorre que, ao examinar o *Caso Chacina de La Rochela*, a Corte Interamericana ressaltou que “O pedido de interpretação de uma sentença da Corte não pode ser usado como um meio de impugnação, mas deve ser apenas para esclarecer o significado de uma decisão quando uma das partes argumenta que o texto de seus parágrafos ou suas considerações carece de clareza e precisão, desde que estas considerações afetem essa parte decisiva. Portanto, não é possível pedir a modificação ou a anulação do acórdão respectivo através de um pedido de interpretação” (Interpretação..., § 9º).

37.2.2. Educação em direitos humanos como forma de reparação de danos. Ao julgar o *Caso Chacina de La Rochela*, a Corte Interamericana condenou o Estado da Colômbia a adotar medidas “para formar e capacitar membros das forças armadas e agências de segurança nos princípios e regras de proteção dos direitos humanos e do direito internacional humanitário e os limites a que devem estar sujeitas” (Mérito, reparações e custas, § 303). Trata-se de louvável medida imposta pela Corte IDH para evitar novos atentados como o ocorrido neste caso, além de promover uma humanização dos quadros funcionais das forças armadas e dos órgãos de segurança pública do Estado.

37.2.3. A proibição de toda e qualquer forma de tortura integra o domínio do *jus cogens*. Ainda sobre o *Caso Chacina de La Rochela*, a Corte IDH reiterou sua jurisprudência de que toda e qualquer forma de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou tratamento degradante são absolutamente proibidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, formando parte do domínio do *jus cogens* (Mérito, reparações e custas, § 132). Sobre o tema, registramos que, para se constatar a existência ou não de atos de tortura em determinada situação, existe no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos o documento formulado pela ONU e ratificado pelo Estado brasileiro, denominado Protocolo de Istambul, que consiste num *manual* para a investigação e documentação eficaz da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

38. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador

Sentença de 21.11.2007	<i>Exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 26.11.2008	<i>Interpretação da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>

38.1. Resumo do caso

Os fatos do presente caso se referem a Juan Carlos Chaparro Álvarez e Freddy Lapo Íñiguez. Chaparro Álvarez, de nacionalidade chilena, era dono de uma fábrica dedicada à produção de caixas de gelo para o transporte e exportação de distintos produtos. Lapo Íñiguez, de nacionalidade equatoriana, era o gerente da fábrica. Em novembro de 1997, oficiais da polícia antinarcóticos apreenderam no Aeroporto um carregamento de pescado, no qual foram encontradas umas caixas de gelo, sendo que, entre elas, detectou-se a presença de cocaína e heroína. O senhor Chaparro foi considerado suspeito de pertencer a uma organização criminosa internacional dedicada ao tráfico de drogas, pois a sua fábrica produzia caixas de gelo similares às que foram apreendidas. Assim, no dia seguinte, procedeu-se ao fechamento da fábrica e à prisão de Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Afirmam a CIDH que a prisão dos suspeitos foi contaminada por diversas ilegalidades: Chaparro Álvarez não foi cientificado dos motivos e das razões da prisão nem lhe concederam o direito de solicitar assistência consular do país de sua nacionalidade; Lapo Íñiguez foi preso durante o fechamento da fábrica, sem situação de flagrância ou ordem judicial escrita, não tendo sido, igualmente, cientificado sobre os motivos da detenção. Ambos os presos ficaram cinco dias incomunicáveis em dependências policiais. A prisão preventiva durou mais de um ano. Nesse período, os réus interpuseram vários recursos com o objetivo de buscar a liberdade, mas os expedientes não foram efetivos. Ainda que não tenha se encontrado drogas na fábrica, esta somente foi devolvida quase cinco anos depois.

Em audiência pública realizada perante a Corte Interamericana, o Estado reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional, opondo-se, porém, à alegação da CIDH sobre a ilegalidade da prisão de Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez, assim como quanto à alegação de outras violações da CADH. No entanto, a Corte IDH divergiu do Estado demandado e reconheceu diversas ilegalidades nas prisões, como a violação do art. 7.2 da CADH em relação ao senhor Lapo, preso sem ordem judicial ou situação de flagrância; a violação do art. 7.4 em relação a ambos os presos por não terem sido devidamente cientificados sobre os motivos da detenção; a violação do art. 7.5 ante a não apresentação do presos, sem demora, à autoridade judicial; a violação do art. 7.3 pela falta de uma devida motivação na decretação e na manutenção da prisão dos senhores Lapo Íñiguez e Chaparro Álvarez; a violação do art. 8.1 pela inobservância da garantia do prazo razoável e pela não disponibilização da assistência consular; entre outras violações à CADH. Assim, finalmente, a Corte IDH condenou o Estado demandado a uma série de obrigações, dentre as quais a de eliminar os antecedentes penais das vítimas relacionados a esse caso, a de pagar uma indenização pelos danos morais e materiais sofridos pelas vítimas e a de adequar o seu ordenamento interno aos parâmetros estabelecidos na decisão.

38.2. Pontos importantes

38.2.1. Informação sobre os motivos da prisão. Estabelece o art. 7.4 da CADH que “Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela”. No julgamento do *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, a Corte IDH afirmou dois entendimentos sobre esse preceito convencional: a) primeiro, decidiu que o agente responsável pela prisão deve explicá-la ao indivíduo numa linguagem simples, livre de tecnicismos, sendo insuficiente que mencione apenas a base legal (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 71). Assim, não estará de acordo com a CADH o policial que aborda um cidadão e o informa que está sendo preso porque incorreu na prática do crime previsto no art. 180 do Código Penal brasileiro. Exige-se do policial, neste cenário, que explique ao cidadão, didaticamente, sem tecnicismos, que ele está sendo preso em flagrante porque foi encontrado na posse de um bem que sabia ser produto de crime; e b) segundo, decidiu que a CADH não exige que a pessoa detida ou presa receba as informações sobre os motivos da sua prisão por escrito, sendo o bastante que essa comunicação seja feita oralmente. Esclareceu a Corte IDH, porém, que esse entendimento se aplica somente à primeira parte do art. 7.4, de modo que, em relação à segunda parte, que diz respeito à notificação da pessoa sobre a acusação formulada contra ela, deve ser feita por escrito (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 76).

38.2.2. Audiência de custódia e apresentação da pessoa presa ao Ministério Público. A Corte IDH reiterou o seu entendimento de que o Ministério Público não pode ser considerado uma autoridade judicial para os fins do art. 7.5 da CADH, razão pela qual a apresentação da pessoa presa a um dos seus membros não cumpre aquele preceito convencional (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 83).

38.2.3. Audiência de custódia e presença do juiz no momento da prisão. A Corte IDH enfrentou um tema *inusitado* sobre audiência de custódia no julgamento do *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, pois o Estado alegou que cumpriu o art. 7.5 da CADH, e isso porque a juíza da causa esteve presente no momento das detenções e exerceu um *controle judicial direto*. A Corte IDH não acolheu esse argumento e afirmou que “Ainda que a presença da juíza possa ser qualificada como uma garantia adicional, não é suficiente por si só para satisfazer a exigência do artigo 7.5 de ‘ser levado’ ante um juiz. A autoridade judicial deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação de liberdade (...)” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 85).

38.2.4. Prisão com base em meras conjecturas e prisão para atender a fins preventivo-gerais ou preventivo-especiais. A Corte IDH decidiu dois pontos importantes sobre prisão preventiva no julgamento do *Caso Chaparro*: a) a suspeita de autoria do crime deve estar baseada em fatos específicos e não em meras conjecturas ou intuições abstratas, afirmando que “(...) o Estado não deve deter para logo investigar, pelo contrário, somente está autorizado a privar da liberdade uma pessoa quando alcance o conhecimento suficiente para poder levá-la a juízo” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 103); e b) mesmo quando exista fundamento probatório para a prisão preventiva, esta não pode residir em “(...) fins preventivo-gerais ou preventivo-especiais atribuíveis à pena,

somente podendo se fundamentar (...) num fim legítimo, a saber: assegurar que o acusado não impedirá o desenvolvimento do procedimento nem elidirá a ação da justiça" (§ 103).

38.2.5. Revisão periódica da prisão preventiva. Os fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva têm como característica a *provisoriedade*, pois podem existir em determinado momento e desaparecem na sequência. Exemplo: se o juiz decreta a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, afirmando que assim o faz para impedir que o réu ameace uma testemunha, concluída a instrução, aquele *motivo cautelar* não mais existe. Outro exemplo: se o juiz decreta a prisão preventiva porque o réu se encontrava em local incerto e não sabido, afirmando que a ausência de declinação de um endereço fixo coloca em risco a aplicação da lei penal, se o réu se desincumbe daquele *ônus* e apresenta comprovação de endereço fixo, aquele *motivo cautelar* desaparecerá. Assim, para a Corte IDH, os juízes não têm que esperar até o momento da sentença para decidir sobre a manutenção de uma prisão preventiva decretada anteriormente, devendo valorar periodicamente "(...) se as causas e os fins que justificaram a privação da liberdade se mantêm, se a medida cautelar ainda é absolutamente necessária para a consecução dos fins e se é proporcional", concluindo que "Em qualquer momento que a medida cautelar careça de alguma destas condições, deverá se decretar a liberdade. De igual forma, ante cada solicitação de liberação do detido, o juiz tem que motivar, ainda que seja de forma mínima, as razões pelas quais considera que a prisão preventiva deve ser mantida" (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 117).

38.2.6. Atuação deficiente da Defensoria Pública. A Corte IDH observou que quando o senhor Lapo Íñiguez foi interrogado na fase investigatória, a defensora pública que lhe havia sido designada não esteve presente durante o ato para prestar a devida assistência jurídica, participando somente no início, para começar o interrogatório, e no final deste, para assinar a ata de presença. Diante desse contexto, a Corte IDH considerou que "(...) a atitude da defensora pública designada ao senhor Lapo é claramente incompatível com a obrigação estatal de proporcionar uma defesa adequada a quem não possa defender-se por si mesmo nem nomear defensor particular. Em especial, a Corte ressalta que a assistência técnica oferecida pelo Estado deve ser efetiva, para o qual o Estado deve adotar todas as medidas adequadas (...)" (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 159).

38.2.7. Medidas cautelares reais. A Corte IDH possui muitos precedentes e entendimentos sobre medidas cautelares pessoais, em especial no que diz respeito à mais grave delas: a prisão preventiva. No entanto, esta foi a primeira vez que a Corte se manifestou sobre as medidas cautelares reais ou patrimoniais, que podem conviver pacificamente com o direito de propriedade, já que não implicam em transferência da titularidade do domínio da coisa. Nesse sentido, afirmou a Corte IDH que "(...) a disposição dos bens não pode se efetuar de forma definitiva e se restringe exclusivamente a sua administração e conservação; e aos atos de investigação e manejo de evidência respectivos" (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 187). Para a Corte IDH, as medidas cautelares reais devem se justificar previamente na existência de outro tipo de medida menos restritiva do direito à propriedade, somente sendo admissível, por exemplo, a apreensão e o depósito de bens diante dos quais se encontrem indícios claros de sua vinculação com o crime, "(...) sempre e quando isso seja necessário para garantir a investigação, o

pagamento das responsabilidades pecuniárias a que haja lugar ou evitar a perda ou a deterioração da evidência” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 188). Assim, finaliza a Corte IDH afirmando que, “(...) se os bens não seguem cumprindo um papel relevante para continuar ou impulsionar a investigação, a medida cautelar real deve ser levantada, sob pena de converter-se numa pena antecipada. Este último evento constituiria uma restrição manifestamente desproporcional do direito à propriedade” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 188).

39. Caso do Povo Saramaka vs. Suriname

Sentença de 28.11.2007	<i>Exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 12.08.2008	<i>Interpretação da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>

39.1. Resumo do caso

A comunidade tribal Saramaka foi trazida da África no período da escravidão e vive no Estado do Suriname já há alguns séculos. Desde meados da década de 1960, a comunidade Saramaka e o Estado do Suriname estão em frequente tensão em razão da construção de um dique pelo Estado na região habitada pela comunidade Saramaka, que acabou sendo frontalmente afetada. Ainda nessa linha, o Estado do Suriname cometeu várias outras irregularidades, como a concessão de exploração dos recursos naturais a empresas do ramo madeireiro e a mineradoras de ouro. O caso chegou até a CIDH em virtude da inobservância do dever de consulta, já que em nenhum momento a comunidade Saramaka foi consultada acerca dos empreendimentos e atividades realizadas pelo Estado e seus concessionários. Após infrutíferas tentativas de solucionar a questão, a CIDH submeteu a demanda à Corte IDH.

Processado o caso, a Corte Interamericana entendeu por responsabilizar o Estado de Suriname por violar o direito à propriedade coletiva da comunidade Saramaka, além de ter fixado uma indenização de milhares de dólares aos Saramakas em razão dos impactos ambientais e culturais causados pela extração de madeira e ouro, além da construção do dique.

39.2. Pontos importantes

39.2.1. Desnecessidade de obtenção de autorização do líder da comunidade tradicional para provocar o sistema interamericano de direitos humanos. Logo no início de sua defesa no processamento do *Caso Saramaka*, o Estado do Suriname alegou que os doze “capitães” que representavam o Povo Saramaka na demanda não haviam pedido autorização ao líder máximo da comunidade tradicional para litigar no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ao analisar esta exceção preliminar, a Corte IDH concluiu que “(...) não existe um pré-requisito convencional que estabeleça que a principal autoridade da comunidade deva dar sua permissão para que um grupo de pessoas apresente uma petição perante a Comissão Interamericana a fim de buscar a

proteção de seus direitos ou dos direitos dos membros da comunidade à qual pertencem. Tal como foi previamente mencionado, a possibilidade de apresentar uma petição foi amplamente concebida na Convenção e assim tem sido entendida pelo Tribunal” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 23).

39.2.2. Inexistência de litispendência internacional entre procedimentos de relatórios especiais de organismos universais e as demandas da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Estado do Suriname também suscitou, em exceção preliminar, a existência de litispendência entre o caso em análise e os relatórios especiais de organismos universais. De acordo com a CADH, um dos requisitos para que a CIDH admita o processamento de uma petição é a ausência de litispendência internacional (art. 46.1.c).

A Corte IDH rejeitou esta exceção e afirmou que “(...) os procedimentos de relatórios periódicos dos organismos universais de direitos humanos, assim como o procedimento de alerta e urgência do CERD, não têm o mesmo objeto, propósito nem natureza da competência contenciosa da Corte Interamericana. Os primeiros não envolvem uma parte peticionária que solicita reparação pela violação dos direitos do povo Saramaka. Ao invés de adjudicar controvérsias e ordenar as medidas de reparação correspondentes, estes procedimentos consistem em meras revisões da situação geral relativa aos direitos humanos ou à discriminação racial em um país determinado, neste caso, no Suriname, ou se referem a uma situação especial que implica uma situação de discriminação racial que exige atenção urgente. Ademais, a natureza das observações finais e das recomendações emitidas por estes Comitês é distinta das sentenças emitidas pela Corte Interamericana” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 54). O entendimento da Corte IDH está em conformidade com o Regulamento da CIDH, que, ao tratar da *duplicação de processos*, afirma que não se verificará a litispendência internacional quando “o procedimento seguido perante o outro organismo se limitar ao exame geral dos direitos humanos no Estado aludido e não existir uma decisão sobre os fatos específicos que forem objeto da petição ou não conduzir à sua efetiva solução” (art. 33.1.a). Assim, não há que se falar, portanto, em litispendência entre o mecanismo extraconvencional de Relatorias da ONU com a jurisdição contenciosa da Corte IDH.

39.2.3. Fixação do *iter* procedimental sobre o direito de consulta às comunidades tradicionais. Segundo o art. 6º da Convenção 169 da OIT (principal diploma normativo das comunidades tradicionais no plano internacional), as comunidades tradicionais possuem o direito de consulta e participação antes da imposição de qualquer tipo de política pública que as possa afetar. Embora o STF considere que o resultado dessa consulta não é vinculante, mas meramente opinativo (em determinadas situações, o STF simplesmente ignora o direito à consulta, conforme o célebre *Caso Raposa Serra do Sol*), a jurisprudência da CIDH e da Corte Interamericana é uníssona pela necessidade de se consultar os povos tradicionais antes de qualquer imposição de política pública que possa afetá-los, bem como pelo caráter vinculante desta consulta. Nesse sentido, ver também o *Caso Comunidades Deslocadas da Bacia do Rio Xingu vs. Brasil* (*Caso Belo Monte*, CIDH)¹²⁶.

¹²⁶ A inobservância do direito de consulta às comunidades tradicionais é uma manifestação da chamada “criminologia verde” (*green criminology*), vertente da criminologia que tem sua origem em movimentos como o ecofeminismo e o antirracismo ambiental. Segundo a referida vertente crimino-

Ainda sobre o direito de consulta, a Corte Interamericana entende que a consulta deve ser livre, prévia e informada (culturalmente situada), conforme restou decidido no julgamento do *Caso Saramaka*: “As consultas devem realizar-se de boa-fé, através de procedimentos culturalmente adequados e devem ter como objetivo alcançar um acordo. Além disso, o povo Saramaka deve ser consultado, de acordo com suas próprias tradições, nas primeiras etapas do projeto de desenvolvimento ou investimento e não unicamente quando surja a necessidade de obter a aprovação da comunidade, se for o caso. O aviso com antecedência proporciona um tempo para a discussão interna dentro das comunidades e para oferecer uma adequada resposta ao Estado. O Estado, além disso, deve assegurar-se de que os membros do povo Saramaka tenham conhecimento dos possíveis riscos, incluindo os riscos ambientais e de salubridade, a fim de que aceitem o projeto de desenvolvimento ou investimento proposto com conhecimento e de forma voluntária. Por último, a consulta deveria levar em consideração os métodos tradicionais do povo Saramaka para a tomada de decisões” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 133)¹²⁷.

Direito de consulta às comunidades tradicionais segundo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	
Consulta prévia	A consulta deve ser realizada antes da imposição de qualquer tipo de política pública que possa afetar os membros da comunidade.
Consulta livre	A consulta deve ser realizada de forma livre. Os membros da comunidade tradicional não podem ser coagidos no momento do ato. A anuência ou não deve ser realizada de forma livre, sem qualquer vício de vontade por parte dos membros da comunidade tradicional.
Consulta informada	A consulta deve ser realizada de boa-fé, de modo que os membros da comunidade tradicional entendam o assunto em pauta. Assim, o ato deve ser dialógico e culturalmente situado, de modo que a população da comunidade tradicional consiga internalizar a controvérsia.

lógica, o *locus* e o *modus operandi* em que são decididas as questões relevantes para a preservação do meio ambiente em países capitalistas, sobretudo aquelas decisões que giram em torno de interesses e direitos de minorias estigmatizadas, fomentam a inobservância dos direitos humanos do grupo minoritário envolvido e por conseguinte a prática de crimes ambientais, uma vez que na ampla maioria dos casos as comunidades tradicionais surgem como um empecilho para a concretização de empreendimentos econômicos propostos pela sociedade majoritária. Assim, a inobservância do direito de consulta às comunidades tradicionais seria uma manifestação desta corrente criminológica, uma vez que esses povos se caracterizam como minorias e essa inobservância geralmente está ligada a crimes ambientais. Para maiores informações sobre o tema, ver: PRADO, Luis Regis; MAILO, Alfonso Serrano. *Curso de criminologia*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

¹²⁷ Sobre o tema, eis a lição de Deborah Duprat: “Essa consulta tem por pressuposto, portanto, o domínio desses povos sobre a sua existência, e a expectativa de que, eventualmente, ações externas sobre ela se projetem. A consulta deve ser prévia (‘sempre que sejam previstas’), bem informada (conduzida ‘de boa-fé’), culturalmente situada (‘adequada às circunstâncias’) e tendente a chegar a um acordo ou consentimento sobre a medida proposta” (DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 179).

O resultado da consulta teve ser tido como vinculante? Para o STF, o resultado da consulta realizada não é obrigatoriamente vinculante (Pet 3.388, *Caso Raposa Serra do Sol*), enquanto que, para a Corte IDH, o resultado da consulta possui caráter vinculante (*Caso Sarayaku*, *Caso Saramaka*, entre outros).

39.2.4. Diferença entre consentimento e consulta. No julgamento do *Caso Saramaka*, a Corte IDH estabeleceu uma distinção entre consentimento e consulta. O dever de obter o consentimento das comunidades indígenas é exigido nas hipóteses de grandes empreendimentos que possam vir a provocar a perda do território indígena ou comprometer significativamente a relação da comunidade indígena com a sua terra, o que, neste caso, inclui o acesso aos recursos fundamentais que fomentam a existência do grupo e de suas tradições culturais¹²⁸. Já o dever de consulta prévia, informada e de boa-fé, é necessário diante de fatos que não envolvam a perda da terra indígena ou que possam comprometer significativamente a relação da comunidade tradicional com a sua terra. Nesses termos, ressaltou a Corte IDH que “(...) quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições. A Corte considera que a diferença entre ‘consulta’ e ‘consentimento’ neste contexto requer maior análise” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 134).

39.2.5. Desnecessidade de nomear individualmente cada um dos beneficiários das possíveis reparações a serem estipuladas pela Corte IDH nos casos que envolvem comunidades tradicionais inteiras. Quanto à parte lesionada, a Corte IDH possui entendimento no sentido de que a parte interessada deve nomear individualmente os beneficiários das possíveis reparações. No entanto, ao julgar o *Caso Saramaka*, a Corte esclareceu que “(...) em vista do tamanho e da diversidade geográfica do povo Saramaka e, em especial, da natureza coletiva das reparações que serão ordenadas no presente caso, a Corte entende que não é necessário nomear individualmente os membros do povo Saramaka neste caso a fim de reconhecê-los como parte lesada”, observando, então, “(...) que os membros do povo Saramaka são identificáveis de acordo com a lei consuetudinária Saramaka, dado que cada um dos membros individuais Saramaka pertence a apenas um dos doze *lôs* de linhagem materna nos quais está organizada a comunidade” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 188).

39.2.6. Alteração de entendimento da Corte IDH quanto à reparação simbólica. Ordinariamente, a Corte IDH entende que a reparação simbólica é perfectibilizada por meio da construção de monumentos, programas de capacitação dos agentes do Estado, garantias de não repetição etc. No entanto, no *Caso Saramaka*, a Corte alterou o seu entendimento, classificando a construção de um posto de saúde como forma de compensação ao dano moral sofrido pela comunidade tradicional, e não como forma de satisfação¹²⁹.

¹²⁸ Nesse sentido, a Convenção 169 da OIT prevê em seu art. 16 a necessidade de obtenção do consentimento em casos de reassentamento das comunidades indígenas.

¹²⁹ Sobre o tema, as palavras de Lucia Elena Arantes Bastos: “Entretanto, por ocasião do caso Saramaka, a Corte alterou seu entendimento quanto à reparação simbólica e entendeu que a criação de posto de saúde seria uma forma de compensação ao dano moral, pois estabeleceu que existiria

39.2.7. Diferenciação entre povos indígenas e povos tribais. Em que pese a jurisprudência da Corte Interamericana sobre povos indígenas ser aplicada também aos povos tribais e a Corte IDH aplicar o mesmo regime de proteção da propriedade comunal dos povos indígenas aos povos tribais, no julgamento do *Caso Saramaka* a Corte diferenciou essas comunidades tradicionais, afirmando que “O povo Saramaka não é nativo da região que habita; mas foram levados durante a época de colonização ao que hoje se conhece como Suriname (par. 80 infra). Portanto, estão fazendo valer seus direitos na qualidade de suposto povo tribal, isto é, um povo que não é nativo da região, mas que compartilha características similares com os povos indígenas, como ter tradições sociais, culturais e econômicas diferentes de outras partes da comunidade nacional, identificar-se com seus territórios ancestrais e estar regulados, ao menos de forma parcial, por suas próprias normas, costumes ou tradições” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 79). Logo, o critério utilizado pela Corte Interamericana para diferenciar os povos indígenas dos povos tribais se dá em razão de os primeiros serem nativos da região que habitam, o que não ocorre com os últimos.

Comunidades indígenas vs. Comunidades tribais segundo a jurisprudência da Corte Interamericana	
Comunidades indígenas	São nativas da região que habitam.
Comunidades tribais	Não são nativas da região que habitam.

39.3. Conexões com o Direito brasileiro

39.3.1. Relativização do direito de consulta às comunidades tradicionais. Infelizmente, o direito em questão não possui a mesma força e a mesma observância no ordenamento jurídico brasileiro. No célebre *Caso Raposa Serra do Sol* (PET 3.388) julgado pelo Supremo Tribunal Federal, os ministros da Corte Constitucional brasileira consignaram entendimento no sentido de que o direito de consulta *pode ceder diante de questões estratégicas, como a defesa nacional ou a proteção ambiental*. É de se lamentar o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, afinal, ao utilizar termos vagos e conceitos jurídicos indeterminados, acabou por violar frontalmente a observância do direito de consulta e descumprir a jurisprudência da Corte Interamericana.

prova do sofrimento e angústia que aquele povo havia atravessado como resultado de uma larga e contínua luta pelo reconhecimento de seu direito ao território que tradicionalmente tinham ocupado por séculos, assim como a frustração a respeito do sistema legal interno, que não os havia protegido contra violações de seus direitos, também havia sido comprovada. Tudo isso, na visão da Corte, constituiria uma denegação de seus valores culturais e espirituais que faria nascer o direito a uma indenização pelos danos imateriais que estas situações causaram ao tecido social daquele povo, e fixou, assim, a quantia de US\$ 600.000.00 (seiscentos mil dólares estadunidenses) a ser administrada por um fundo de desenvolvimento comunitário dos membros do povo Saramaka. Sendo que este fundo teria como objetivo financiar projetos educativos, de habitação, agrícolas, sanitários, de fornecimento de água potável e eletricidade” (BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Violações em massa e reparações: as contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 364).

39.3.2. Oitiva constitucional versus direito de consulta. O direito de consulta, amplamente estudado no *Caso Saramaka*, não deve ser confundido com a situação conhecida como “oitiva constitucional”, prevista no art. 231, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que consiste na situação pela qual o Congresso Nacional ouve as comunidades indígenas, como pressuposto para autorizar ou não um empreendimento hidrelétrico ou minerário que aproveite seus recursos naturais. A *oitiva constitucional* visa proteger os territórios envolvidos em determinada controvérsia, uma vez que estes são bens da União. Por outro lado, conforme comentários que fizemos ao *Caso Saramaka*, o direito de consulta visa proteger os interesses das comunidades tradicionais e possui um *iter* procedimental que deve ser rigorosamente seguido.

40. Caso Kimel vs. Argentina

Sentença de 02.05.2008

Mérito, reparações e custas

40.1. Resumo do caso

Os fatos do presente caso se iniciaram em novembro de 1989 com a publicação do livro intitulado “O massacre de São Patrício”. Esse livro analisava o assassinato de cinco religiosos pertencentes à ordem Palotina, ocorrido em julho de 1976, durante a última ditadura militar. O referido livro ainda criticava a atuação das autoridades encarregadas da investigação dos homicídios, dentre elas a de um juiz em particular. O autor do livro é o senhor Eduardo Kimel, que trabalhava como jornalista, escritor e investigador histórico. Em outubro de 1991, o juiz mencionado pelo senhor Kimel em seu livro entrou com uma ação penal contra ele pelo delito de calúnia, tendo o processo sido concluído com a condenação do senhor Kimel a um ano de prisão e ao pagamento de vinte mil pesos pelo delito de calúnia. O senhor Kimel interpôs recurso para o Tribunal de Apelação, conseguindo reverter a condenação proferida pela primeira instância, e isso porque o Tribunal considerou o seu trabalho como “uma breve crítica histórica”. No entanto, em julgamento de recurso extraordinário, a Corte Suprema de Justiça da nação, em dezembro de 1998, revogou a sentença absolutória do segundo grau, reestabelecendo a condenação proferida pelo juízo de primeira instância.

Após o processamento do caso, a Corte IDH, considerando a falta de precisão suficiente na normativa penal sobre os crimes de injúria e difamação, entendeu por condenar o Estado pela violação do princípio da legalidade (CADH, art. 9º). Na sequência, a Corte considerou que o processo penal movido contra o senhor Kimel e a condenação que dele decorreu fez com que o Estado violasse o direito de liberdade de expressão (CADH, arts. 13.1 e 13.2). Constatando que o processo penal contra o senhor Kimel durou quase nove anos, a Corte Interamericana também declarou que o Estado violou o direito à duração razoável do processo (CADH, art. 8.1). Finalmente, a Corte condenou o Estado demandado ao cumprimento de uma série de obrigações, dentre as quais a de deixar sem efeito a condenação penal imposta ao senhor Kimel, a de adequar seu ordenamento jurídico interno para superar as imprecisões a respeito da tipificação dos crimes contra a honra e a de indenizar a vítima pelos danos materiais e morais sofridos.

40.2. Pontos importantes

40.2.1. Importância da liberdade de expressão e do “pluralismo informativo”. Em importante precedente, a Corte IDH afirmou no julgamento do *Caso Kimel* que a importância da liberdade de expressão numa sociedade democrática requer que o Estado não somente minimize as restrições à circulação da informação, mas também que equilibre, na maior medida possível, a participação das diferentes informações no debate público, impulsionando o *pluralismo informativo* (Mérito, reparações e custas, § 57). Para que ocorra o *pluralismo informativo*, a Corte IDH também decidiu que existe um dever do jornalista de constatar de forma razoável, ainda que não necessariamente exaustiva, os fatos em que fundamenta suas opiniões. Assim, a Corte adverte que as pessoas têm direito a não receber uma versão manipulada dos fatos, razão pela qual conclui que “(...) os jornalistas têm o dever de tomar alguma distância crítica a respeito das suas fontes e contrastá-las com outros dados relevantes” (Mérito, reparações e custas, § 79).

40.2.2. Imprecisão na definição dos crimes de injúria e difamação. A Corte IDH enfatizou no julgamento do *Caso Kimel* que “(...) se a restrição ou limitação provém do Direito Penal, é preciso observar os estritos requerimentos característicos da tipificação penal para satisfazer neste âmbito o princípio da legalidade. Assim, devem ser formulados de forma expressa, precisa, taxativa e prévia. O quadro legal deve oferecer segurança jurídica ao cidadão (...)” (§ 63). Na sequência, a Corte Interamericana advertiu que “(...) A tipificação ampla de crimes de calúnia e injúria pode resultar contrária ao princípio da intervenção mínima e de *ultima ratio* do Direito Penal. Numa sociedade democrática, o poder punitivo somente se exerce na medida estritamente necessária para proteger os bens jurídicos fundamentais dos ataques mais graves que os danifiquem ou ponham em perigo. O contrário conduziria ao exercício abusivo do poder punitivo do Estado” (§ 76).

40.2.3. Honra como bem jurídico penal. A definição da honra como um bem jurídico a merecer tutela do Direito Penal foi afirmada pela Corte IDH no julgamento do *Caso Kimel*: “(...) a proteção da honra e reputação de toda pessoa é um fim legítimo de acordo com a Convenção” (Mérito, reparações e custas, § 71).

40.2.4. Regime diferenciado para a honra dos funcionários públicos. Para a Corte IDH, a proteção da honra dos funcionários públicos se submete a um regime diferenciado, pois esses indivíduos se expõem voluntariamente a um escrutínio mais exigente, exercendo atividades que saem do domínio da esfera privada para se inserir na esfera do debate público. Advertiu a Corte IDH no julgamento do *Caso Kimel* que “O controle democrático através da opinião pública fomenta a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidade dos funcionários sobre sua gestão pública” (Mérito, reparações e custas, § 87). E ressaltou a Corte IDH, ainda, que na arena do debate a respeito de temas de interesse público não somente se protege a emissão de expressões inofensivas ou bem recebidas pela opinião pública, mas também a daquelas que “(...) chocam, irritam ou inquietam os funcionários públicos ou a um setor qualquer da população”, concluindo que, “Numa sociedade democrática, a imprensa deve informar amplamente sobre questões de interesse público que afetem bens sociais, e os funcionários devem apresentar contas de sua atuação no exercício de suas tarefas públicas” (Mérito, reparações e custas, § 88).

41. Caso Tristán Donoso vs. Panamá

Sentença de 27.01.2009

Mérito, reparações e custas

41.1. Resumo do caso

Este caso se refere à realização de interceptação, gravação e divulgação não autorizada de uma ligação telefônica realizada entre o advogado Santander Tristán Donoso e Adel Zayed, pai do seu cliente, que estava custodiado preventivamente pela suposta prática de lavagem de dinheiro. O *Caso Tristán Donoso* versa também sobre a utilização do processo penal como forma de inibir a liberdade de expressão dos indivíduos. Em julho de 2000, este caso foi denunciado na CIDH. Após infrutíferas tentativas de solução da controvérsia, a CIDH submeteu a demanda à Corte IDH.

Processado o caso, a Corte Interamericana julgou a demanda parcialmente procedente, considerando o Estado do Panamá responsável pela violação dos arts. 8.1, 11.1, 11.2 e 13 da CADH. A Corte considerou que a divulgação do conteúdo da conversa telefônica causou uma intromissão arbitrária na vida do Sr. Tristán Donoso, além de constituir uma lesão à sua honra e reputação.

41.2. Pontos importantes

41.2.1. Utilização de tipos penais para censurar a liberdade de crítica e de expressão.

Num cenário democrático, muito se discute sobre a possibilidade de se utilizar tipos penais para impedir os indivíduos de realizarem críticas em relação aos funcionários públicos, causando um verdadeiro “efeito resfriador” no direito à liberdade de expressão da população. A Corte IDH enfrentou esse tema no julgamento do *Caso Tristán Donoso*, ressaltando que “As disposições penais sobre calúnias e injúrias se encontram expressamente contempladas na legislação panamenha e têm como fim legítimo a proteção do direito à privacidade e à reputação das pessoas. No entanto, quando estas normas são utilizadas com o propósito de inibir a crítica contra um funcionário público ou censurar as expressões relacionadas a supostas atividades ilícitas realizadas por um funcionário público no exercício de suas funções, o efeito da própria interposição do processo penal é violatório da Convenção” (Mérito, reparações e custas, § 90). Logo, utilizar o arcabouço jurídico penal com o propósito de inibir a crítica contra um funcionário público ou censurar as expressões relacionadas a supostos crimes ou atividades ilícitas praticadas por um agente da administração pública viola a CADH.

41.2.2. Considerações sobre o papel do Ministério Público no processo penal. A Corte IDH fez importantes considerações no julgamento do *Caso Tristán Donoso* sobre o papel do Ministério Público no processo penal, ressaltando que o princípio da legalidade da função pública deve governar a atuação dos seus membros, lhes obrigando a buscar a correta aplicação do direito e a verdade dos fatos ocorridos com profissionalismo, boa-fé e lealdade processual, considerando, no entender da Corte Interamericana, “(...) tanto elementos que permitam investigar o crime e a participação do acusado no ato, como também os que possam excluir ou atenuar a responsabilidade penal do acusado” (Mérito, reparações e custas, § 165). Em voto apresentado no *Caso Tristán Donoso*, o juiz García

Ramírez aprofunda essa abordagem sobre o papel do MP no processo penal, esclarecendo que a sua atuação deve ser *neutra* na fase investigativa, ainda que chegue a ser *parcial* na fase processual, quando já terá formado seu convencimento sobre o fato e a responsabilidade do réu (§ 15).

41.2.3. Aplicação da teoria da proteção débil do homem público pela Corte IDH. Ao analisar a proteção da honra dos funcionários públicos, a Corte Interamericana entendeu que “A proteção da honra das pessoas envolvidas em assuntos de interesse público deve ocorrer em conformidade com os princípios do pluralismo democrático e com uma margem de aceitação e tolerância às críticas muito maior que a dos particulares” (Mérito, reparações e custas, § 90). Portanto, segundo a Corte IDH, os indivíduos envolvidos com assuntos de interesse público estão submetidos a uma maior restrição no que tange ao seu direito à privacidade e à honra. Trata-se da materialização da teoria da proteção débil do homem público, que possui origem doutrinária e jurisprudencial, e propõe que o ocupante de cargo público, devido a seu *mister*, deve estar propenso a eventuais críticas a seus posicionamentos e posturas profissionais, críticas que visam, exatamente, o aperfeiçoamento do exercício do cargo público e legitimam o processo democrático de governabilidade. Logo, o indivíduo envolvido com assuntos de interesse público possui uma maior relativização na proteção da sua honra e da sua privacidade, já que, em uma ponderação de valores, o interesse público e o acesso à informação da coletividade também devem ser levados em consideração¹³⁰.

41.3. Conexões com o Direito brasileiro

41.3.1. Inconvencionalidade do delito de desacato. Remetemos o leitor aos comentários que fizemos ao *Caso Palamara Iribarne*.

41.3.2. Direito ao esquecimento: liberdade de informação ou censura no retrovisor? De um lado, há quem considere que o denominado *direito ao esquecimento* materializa uma *censura no retrovisor*¹³¹. De outro lado, há quem entenda que o *direito ao esquecimento* é fundamental para que fatos ocorridos no passado sejam deixados para trás, possibilitando aos envolvidos o gozo do chamado *direito à esperança*¹³². No que diz respeito ao entendimento da doutrina e dos tribunais, tem prevalecido a tese de que não é possível

¹³⁰ Atualmente, os tribunais de direitos humanos idealizam dois *standards* que devem ser observados na ponderação envolvendo o direito à imagem e o direito à privacidade em locais públicos, são eles: a) a autorização do indivíduo que será fotografado ou filmado; e b) a presença de interesse público na captação das imagens. Nesse sentido, ver: TEDH, *Caso Von Hannover vs. Germany*, julgado em 24.06.2014. Trata-se do célebre caso envolvendo a Princesa Caroline de Mônaco.

¹³¹ BINENBOJM, Gustavo. *Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/direito-ao-esquecimento-a-censura-no-retrovisor>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹³² Sobre o tema, a lição de André de Carvalho Ramos: “(...) o direito ao esquecimento, na visão do precedente ‘Chacina da Candelária’ do STJ, está em linha com o ‘direito à esperança’, pois permite que fatos deletérios do passado não impeçam a vida cotidiana dos envolvidos de modo perpétuo, ou ainda, como no caso concreto (o indivíduo fora absolvido), permite que vicissitudes do passado (inquéritos arquivados, absolvições etc.) possam ser reparadas. Trata-se, assim, de um direito a ser deixado em paz” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos...*, 2016, p. 573).

se utilizar do *direito ao esquecimento* diante de fatos históricos ou que caíram em domínio público, pois isso violaria frontalmente o *direito à verdade e à memória*. Assim, para o STJ, a aferição se determinado fato deve ser considerado genuinamente histórico é algo que deve ser realizado *in concreto*. Reconhecida a historicidade do fato, não há como se falar em direito ao esquecimento¹³³. Ainda sobre o tema, cumpre ressaltar que o *direito ao esquecimento* se manifesta em diversos campos do Direito, como o Direito Consumerista, no qual o art. 43, § 1º, do CDC, prevê modalidade de *direito ao esquecimento* em prol dos consumidores quanto a informações negativas em bases de dados. Esta compreensão restou sedimentada no Enunciado 531 formulado na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem a seguinte redação: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Também nesse sentido, é possível falar em *direito ao esquecimento* no âmbito criminal. A temática gira em torno da possibilidade de a condenação transitada em julgado e alcançada pelo prazo depurador do art. 64, I, do Código Penal, permitir a elevação das penas a título de maus antecedentes. Para o STF, se a condenação definitiva anterior não se presta a configurar reincidência, por força do disposto no art. 64, I, do Código Penal, com muito maior razão não pode servir para caracterizar mau antecedente (HC 126.315, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 15.09.2015). Por fim, registramos que a controvérsia envolvendo a constitucionalidade do *direito ao esquecimento* está pendente de julgamento pelo STF, que já admitiu a repercussão geral da matéria (ARE 833.248, rel. min. Dias Toffoli, Plenário, j. 11.12.2014).

41.3.3. Direito de greve e efeito resfriador à liberdade de expressão. Recentemente, o STF consolidou o entendimento no sentido de que a administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, ressaltados os casos em que houver acordo de compensação (RE 693.456, rel. min. Dias Toffoli, Plenário, j. 27/10/2016). Neste julgamento, quatro ministros do STF restaram vencidos. Para esses ministros, a simples adesão do servidor ao movimento grevista não poderia ensejar uma opção economicamente intolerável e desproporcional ao próprio servidor grevista e ao seu respectivo núcleo familiar, de modo que autorizar o desconto imediato na remuneração dos servidores significaria que os prejuízos da greve recairiam apenas sobre uma das partes em litígio. Além da linha argumentativa exposta, a possibilidade de a administração pública realizar o desconto dos dias de paralisação diretamente na remuneração do servidor público acaba por materializar situação semelhante ao que ocorre na tipificação do delito de desacato na ordem interna, qual seja, um *efeito resfriador* (*chilling effect*) no direito à liberdade de expressão dos servidores públicos, uma vez que estes passam a ser afetados por uma espécie de autocensura, visto que, receosos de políticas sancionatórias e seguidas de censura por parte do Estado, evitam aderir ao movimento paredista e adentrar em assuntos polêmicos da forma que gostariam.

¹³³ Sobre o tema: “Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto – cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo” (STJ, REsp 1.334.097, voto do min. Luis Felipe Salomão no caso “Chacina da Candelária”).

42. Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México

Sentença de 16.11.2009

Exceção preliminar, mérito, reparações e custas

42.1. Resumo do caso

Os fatos do presente caso aconteceram em Ciudad Juárez, no México, lugar onde se desenvolveram diversas formas de delinquência organizada. Desde 1993, registrou-se em Ciudad Juárez um aumento de homicídios de mulheres influenciado por uma cultura de discriminação contra a mulher. Laura Berenice Ramos, estudante de 17 anos de idade, desapareceu em setembro de 2001. Claudia Ivette González, trabalhadora de 20 anos de idade, desapareceu em outubro de 2001. Esmeralda Herrera Monreal, empregada doméstica de 15 anos de idade, desapareceu também em outubro de 2001. Seus familiares apresentaram denúncias sobre os desaparecimentos. Porém, não se iniciaram maiores investigações. Consta da denúncia apresentada pela CIDH, ainda, a informação de que funcionários do Estado teriam se comportado de forma *indiferente* e até mesmo *discriminatória* diante do contexto evidenciado, eis que haviam feito comentários sobre a *vida censurável* e o *comportamento sexual* das vítimas, deduzindo que poderiam não estar “desaparecidas”, mas sim em companhia de seus namorados ou outros *parceiros*. As autoridades se limitaram a elaborar os registros de desaparecimento, os cartazes de busca, a tomada de declarações e o envio de ofício à Polícia. Em novembro de 2001, foram encontrados numa plantação de algodão os corpos das vítimas, que apresentavam sinais de violência sexual. Concluiu-se que as três mulheres estiveram privadas de liberdade antes de morrerem. Apesar dos recursos interpostos pelos familiares, não se investigou nem se puniu os responsáveis.

Após o processamento do caso, a Corte IDH reconheceu que os assassinatos das vítimas decorreram de violência estrutural de gênero, tratando-se, pois, de “feminicídio”. Afirmou a Corte que “A impunidade dos delitos cometidos envia a mensagem de que a violência contra a mulher é tolerada, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança nas mulheres, assim como uma persistente desconfiança destas no sistema de administração de justiça” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 400). E, assim, a Corte IDH concluiu que o México foi responsável pela violação de diversos preceitos da CADH, tais como: a) o dever de investigar e punir os responsáveis pelas ofensas aos direitos das vítimas à vida, integridade pessoal e liberdade pessoal; b) o dever de não discriminação; c) o dever de proteção de crianças; d) o direito à integridade pessoal dos familiares das vítimas; e e) o direito das vítimas e seus familiares à proteção judicial.

42.2. Pontos importantes

42.2.1. Primeira vez em que a Corte IDH analisou um caso envolvendo situação de violência estrutural de gênero. O Caso “Campo Algodoeiro” representa o primeiro precedente da Corte IDH em que este tribunal analisou um caso envolvendo situação de violência estrutural de gênero. Atenção para não confundir: vimos anteriormente que o primeiro precedente da Corte IDH sobre violência de gênero foi o Caso do Presídio Miguel Castro

Castro, ficando com o *Caso “Campo Algodoeiro”* o destaque de ter sido o primeiro precedente sobre violência *estrutural* de gênero. O adjetivo *estrutural* significa, aqui, a difusão da violência cometida contra mulheres, diferente, portanto, dos atos cometidos no *Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, em que a ação violenta foi *única ou excepcional*.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a violência de gênero	
Primeiro caso envolvendo violência de gênero	<i>Caso do Presídio Miguel Castro Castro</i>
Primeiro caso envolvendo violência estrutural de gênero	<i>Caso “Campo Algodoeiro”</i>

42.2.2. Primeira vez em que um tribunal internacional reconheceu a existência de “feminicídio” como crime. O *Caso “Campo Algodoeiro”* também representa a primeira vez em que um tribunal internacional reconheceu a existência de *feminicídio* como crime, tratando-se da conduta de *matar alguém* dirigida à mulher pela sua própria condição de mulher, no que veicula, portanto, uma violência contra o gênero feminino.

42.2.3. Competência da Corte IDH para analisar violações a respeito da Convenção de Belém do Pará. Durante o processamento do *Caso “Campo Algodoeiro”*, o México alegou a incompetência da Corte IDH para analisar violações a respeito da Convenção de Belém do Pará, aduzindo que a competência da Corte deve ser estabelecida por “declaração especial” ou por “convenção especial”, ao que a Corte IDH respondeu que “(...) a declaração especial para aceitar a competência contenciosa da Corte segundo a Convenção Americana, levando em consideração o artigo 62 da mesma, permite que o Tribunal conheça tanto de violações à Convenção como de outros instrumentos interamericanos que lhe concedem competência” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 37). O Estado mexicano arguiu, ainda, que o art. 12 da Convenção de Belém do Pará menciona expressa e exclusivamente a CIDH como o órgão encarregado da prevenção da Convenção, por meio do procedimento de petições individuais, nada prevendo a respeito da Corte, que seria incompetente no seu entender. A Corte IDH, porém, considerou equivocada essa interpretação e afirmou que “(...) o teor literal do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará concede competência à Corte ao não excetuar de sua aplicação nenhuma das normas e requisitos de procedimento para as comunicações individuais” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 41), concluindo que “a conjunção entre as interpretações sistemática e teleológica, a aplicação do princípio do efeito útil, somadas à suficiência do critério literal no presente caso, permitem ratificar a competência contenciosa da Corte a respeito de conhecer de violações ao artigo 7º da Convenção de Belém do Pará” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 77). Para efeito de síntese: a Corte IDH possui competência para analisar violações de outros tratados que compõem o sistema interamericano, a exemplo da Convenção de Belém do Pará. Ainda sobre a Convenção de Belém do Pará, recordemos que: a) a primeira vez que a Corte IDH a aplicou foi no julgamento do *Caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru*; e b) a primeira vez que a CIDH a aplicou foi na apreciação do *Caso Maria da Penha vs. Brasil*.

42.2.4. Obrigação do Estado de erguer um monumento em memória das vítimas. Dentre

as medidas de reparação determinadas ao Estado mexicano pela Corte IDH, destacamos uma interessante medida de natureza *simbólica*, consistente na obrigação de erguer um monumento em memória das vítimas. Nas palavras da Corte IDH, “(...) é pertinente que o Estado levante um monumento em memória das mulheres vítimas de homicídio por razões de gênero em Ciudad Juárez, entre elas as vítimas deste caso, como forma de dignificá-las e como recordação do contexto de violência que sofreram e que o Estado se compromete a evitar no futuro” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 471).

42.2.5. Impossibilidade de reconhecer o dano ao projeto de vida quando as vítimas não estiverem vivas. Os representantes das vítimas requereram o reconhecimento do *dano ao projeto de vida*, mas a Corte IDH não acolheu essa pretensão e afirmou que aquele dano “(...) não procede quando a vítima tenha falecido, já que é impossível repor as expectativas de realização que razoavelmente toda pessoa tem” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 589).

42.3. Conexões com o Direito brasileiro

42.3.1. O crime de feminicídio no Código Penal brasileiro. Recentemente, por meio da Lei 13.104/2015, o Código Penal brasileiro passou a prever o crime de feminicídio, que, na verdade, ingressou na legislação penal ordinária como uma circunstância qualificadora do crime de homicídio, tratando-se da conduta com dolo de tirar a vida da mulher motivada por razões contra o gênero feminino (art. 121, § 2º, do Código Penal).

43. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela

Sentença de 17.11.2009

Mérito, reparações e custas

43.1. Resumo do caso

Os fatos do presente caso se iniciaram em fevereiro de 2009, quando foi aprovada pelo Presidente da Venezuela uma retificação de orçamento no valor de duzentos e cinquenta milhões de bolívares. Oscar Enrique Barreto Leiva exercia naquela época o cargo de diretor-geral de um departamento vinculado à Presidência da República. Barreto Leiva foi processado, juntamente com outras autoridades, e condenado pela Corte Suprema de Justiça da Venezuela como autor do crime de malversação, recebendo a pena de um ano e dois meses de prisão, além de outras penas acessórias. Barreto Leiva não foi assistido por um defensor de sua escolha no momento da investigação, não teve a oportunidade de interrogar as testemunhas nem de conhecer as provas que estavam sendo produzidas. Ainda assim, Barreto Leiva foi preso preventivamente, sem a possibilidade de obter liberdade mediante fiança, ficando no cárcere por mais tempo do que o tempo de condenação.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado venezuelano violou os seguintes direitos do senhor Barreto Leiva: a) de conhecer formal e previamente os fatos que lhe foram imputados (CADH, art. 8.2); b) à ampla defesa e ao contraditório (CADH, art. 8.2.c); c) à assistência de defesa técnica (CADH, art. 8.2.d); d) à presunção de inocência; e) à liberdade pessoal; e f) ao duplo grau de jurisdição (CADH, art. 8.2.h).

Assim, a Corte IDH condenou a Venezuela a, entre outros comandos, pagar uma indenização ao senhor Barreto Leiva, possibilitar a ele que interponha recurso para revisar sua condenação na íntegra e também a adequar seu ordenamento jurídico interno para garantir o direito ao duplo grau das decisões condenatórias, inclusive para quem possui foro por prerrogativa de função.

43.2. Pontos importantes

43.2.1. Compatibilidade do foro por prerrogativa de função com a CADH. No julgamento do *Caso Barreto Leiva*, a Corte IDH afirmou que o foro por prerrogativa de função é estabelecido para proteger a integridade da função estatal que atribui a determinadas pessoas, não constituindo, portanto, um *direito pessoal* dos funcionários públicos. Por isso, a Corte IDH ressaltou que o foro por prerrogativa de função busca um fim compatível com a CADH (Mérito, reparações e custas, § 74).

43.2.2. Compatibilidade da competência por conexão com a CADH. Uma das formas para se determinar a competência é a *conexão* do fato investigado com outro ou quando a infração penal é praticada por várias pessoas. Assim, se um dos investigados possui foro por prerrogativa de função em determinado tribunal, poderá ocorrer de a competência deste tribunal exercer um *juízo atrativo* do corréu sem foro por prerrogativa de função. Para a Corte IDH, a conexão busca um fim compatível com a CADH, de que um mesmo juiz conheça diversos casos quando existam elementos que os vinculem, evitando-se, assim, que se incorra em contradições, e garantindo a unidade das decisões e a *economia processual* (Mérito, reparações e custas, § 74).

43.2.3. Duplo grau de jurisdição e foro por prerrogativa de função. Estabelece a CADH como *garantia mínima* de toda pessoa acusada de um delito “o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (art. 8.2.h). Da mesma forma, o PIDCP assegura que “Toda pessoa culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, na forma da lei” (art. 14.5). Conforme se vê, não há qualquer exceção ao duplo grau de jurisdição, no que os sistemas regional americano e universal de proteção dos direitos humanos divergem do sistema europeu, e isso porque o Protocolo nº 7 à CEDH prevê expressamente que “Este direito [ao duplo grau] pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição” (art. 2.1). Diante deste cenário, compreendendo o tema a partir do sistema interamericano, surge a seguinte pergunta: o direito ao duplo grau de jurisdição pode ser excepcionado na hipótese de o cidadão ser julgado em primeira e única instância pelo tribunal máximo do seu país?

A resposta é negativa. A Corte IDH enfrentou essa questão no julgamento do *Caso Barreto Leiva* e, após considerar que “A dupla conformidade judicial, expressada mediante a íntegra revisão da condenação, confirma o fundamento e outorga maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado, e ao mesmo tempo brinda com maior segurança e proteção aos direitos do condenado” (Mérito, reparações e custas, § 89), ressaltou que, embora os Estados tenham uma *margem de apreciação* para regular o exercício do direito ao recurso

e também para estabelecer foros especiais para o processamento de altos funcionários públicos, devem “(...) permitir que o cidadão conte com a possibilidade de recorrer da sentença condenatória”, esclarecendo que isso poderia ser feito, por exemplo, com a disposição de que “(...) o julgamento em primeira instância estará a cargo do presidente ou de uma sala do órgão colegiado superior e o conhecimento da impugnação competirá ao pleno deste órgão, com exclusão daqueles [juízes] que já se pronunciaram sobre o caso” (Mérito, reparações e custas, § 90). Em resumo: para a Corte Interamericana, o indivíduo sempre tem direito ao duplo grau, inclusive quando for julgado pela instância máxima do seu país.

43.3. Conexões com o Direito brasileiro

43.3.1. O direito ao duplo grau de jurisdição para autoridades com foro por prerrogativa no STF. A Constituição Federal atribuiu ao STF a competência para julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República (art. 102, I, *b*). Foi o que ocorreu, por exemplo, na AP 470 (conhecida por ser o processo do *Mensalão*), em que deputados e senadores foram julgados – e condenados – em primeira e única instância pelo STF, sem qualquer direito de revisão do julgamento, com a exceção, para aqueles que preencheram o requisito objetivo (mínimo de quatro votos divergentes), conforme o art. 334, § único, do RISTF, da interposição dos embargos infringentes. Em junho de 2014, por meio da Emenda Regimental 49, o STF alterou dispositivos do seu Regimento Interno, atribuindo, agora, a competência para o julgamento, nos crimes comuns, de deputados e senadores, às Turmas, mantendo, porém, a competência do Plenário para julgar aquelas outras autoridades. Diante deste contexto, podemos apontar duas conclusões: a) a possibilidade de interpor embargos infringentes não satisfaz a garantia do duplo grau, pois este recurso tem requisitos peculiares e um âmbito de abrangência limitado, não podendo, por exemplo, se destinar a discutir a dosimetria da pena, mas somente a condenação; b) a alteração no RISTF está parcialmente em conformidade com o entendimento da Corte IDH, pois viabiliza exercício do direito ao duplo grau, colocando o primeiro julgamento nas Turmas, com recurso para o Plenário. No entanto, o STF ainda segue violando a CADH no que diz respeito às autoridades que continuam com o foro por prerrogativa no Plenário, sem direito de recurso; e c) cumprida – parcialmente – a CADH e a jurisprudência da Corte IDH sobre o direito ao duplo grau de jurisdição, o STF deveria ter dado um passo adiante e eliminado também a violação da garantia da imparcialidade, excluindo os ministros que participaram do julgamento no órgão fracionário da apreciação de eventual recurso no Plenário.

44. Caso Vélez Loor vs. Panamá

Sentença de 23.11.2010

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

44.1. Resumo do caso

No dia 11 de novembro de 2002, o sr. Jesús Tranquilino Vélez Loor, nacional do

Equador, foi detido no Posto Policial Tupiza, na província de Darein, no Panamá, em virtude de não portar todos os documentos necessários para permanecer no Estado panamenho. Após o ocorrido, o Diretor Nacional do Serviço de Imigração emitiu uma ordem de detenção, o que ocasionou a transferência do sr. Vélez Loor para o presídio de La Palma. No dia 6 de dezembro de 2002, após descobrir que o sr. Vélez Loor já havia sido deportado do Panamá no ano de 1996, o mesmo Diretor Nacional do Serviço de Imigração do Estado do Panamá lhe impôs uma pena de dois anos de prisão por haver infringido as disposições da lei de imigração panamenha. Essa decisão não foi comunicada ao sr. Vélez Loor. Após 12 dias da imposição de sua pena, Vélez Loor foi transferido para o Centro Penitenciário La Joyita. Meses depois, mais precisamente no dia 8 de setembro de 2003, o Diretor Nacional do Serviço de Imigração do Panamá, que havia imposto a pena ao sr. Vélez Loor, revogou a sentença que havia proferido. Após dois dias, o sr. Vélez Loor foi deportado para a República do Equador. Durante o tempo em que esteve recluso no presídio de La Palma e no Centro Penitenciário La Joyita, o sr. Vélez Loor não dispôs de defesa técnica e nem pôde constituir um advogado de sua confiança. O equatoriano não contou com qualquer possibilidade de exercer sua ampla defesa e contraditório diante das sucessivas ordens do Estado panamenho contra sua liberdade de locomoção. Em razão dos fatos narrados, o caso chegou até a CIDH. O Estado do Panamá não apresentou informações sobre as recomendações feitas pela CIDH, o que motivou a submissão da demanda à Corte Interamericana.

Após o processamento do caso, a Corte IDH proferiu sua decisão responsabilizando o Estado do Panamá em face do ocorrido com o sr. Vélez Loor.

44.2. Pontos importantes

44.2.1. Impossibilidade de fixação de políticas migratórias cujo foco principal seja a detenção arbitrária. No *Caso Vélez Loor*, a Corte IDH decidiu que os Estados não devem fixar políticas migratórias voltadas à detenção arbitrária e que, se houver necessidade, a detenção deve ser analisada casuisticamente. Assim, a Corte Interamericana ressaltou que “(...) no exercício da sua faculdade de fixar políticas migratórias, os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de entrada em seu território e saída dele a respeito de pessoas que não sejam seus nacionais, desde que tais políticas sejam compatíveis com as normas de proteção dos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 97).

44.2.2. Direito à realização da audiência de custódia no caso de prisão decorrente de situação migratória¹³⁴. Estrangeiros presos em situação migratória, ou seja, aqueles que apresentam qualquer tipo de problema relacionado ao ingresso ou saída do país (condição de irregularidade, provável solicitante de refúgio etc.), também têm direito à realização da audiência de custódia. Nesse sentido, decidiu a Corte IDH ao julgar o *Caso Vélez Loor*:

“(...) para satisfazer a garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção em matéria migratória, a legislação interna deve assegurar que o funcionário

¹³⁴ Este tópico foi escrito com base em: PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro...*, p. 101-102.

autorizado pela lei para exercer funções jurisdicionais cumpra com as características de imparcialidade e independência que devem reger todo órgão encarregado de determinar direitos e obrigações das pessoas. Neste sentido, o Tribunal tem estabelecido que ditas características não somente devem corresponder aos órgãos estritamente jurisdicionais, mas também que as disposições do artigo 8.1 da Convenção se aplicam às decisões de órgãos administrativos. Toda vez que em relação com essa garantia corresponder ao funcionário a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias, é imprescindível que dito funcionário esteja facultado para colocar em liberdade a pessoa se sua detenção é ilegal ou arbitrária” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 108).

Note-se que a Corte parece flexibilizar levemente a natureza da autoridade responsável por realizar a audiência de custódia no caso de questão migratória, admitindo que uma autoridade administrativa a presida, desde que dotada de independência e imparcialidade, e também poderes para colocar o conduzido em liberdade quando a sua prisão for ilegal ou arbitrária. No Brasil, o delegado de polícia (em regra, federal, quando envolver questão migratória) poderia ser esta autoridade? A nosso ver, considerando a interpretação que estimula a máxima efetividade dos direitos humanos – no caso, do art. 7.5 da CADH –, melhor será se a audiência de custódia for realizada por uma autoridade judicial, o juiz, que disporá de um poder maior para apreciar não somente a ilegalidade ou a arbitrariedade da prisão, mas também a sua necessidade no caso concreto, tudo isso, ainda, sem prejuízo de advertimos que a audiência de custódia surge num contexto de controle judicial dos atos policiais, sendo de pouca utilidade atribuir ao fiscalizado a competência para fiscalizar-se.

44.2.3. Necessidade de defesa técnica nos procedimentos administrativos ou judiciais que possam resultar em decisão de expulsão, deportação ou privação de liberdade. No julgamento do *Caso Vélez Loor*, a Corte IDH também decidiu que “(...) em processos administrativos ou judiciais nos quais se possa adotar uma decisão que implique a deportação, expulsão ou privação de liberdade, a prestação de um serviço público gratuito de defesa legal [para os estrangeiros nessa situação] é necessária para evitar a violação do direito às garantias do devido processo. Assim, nos casos como o presente em que a consequência do procedimento migratório poderia ser uma privação da liberdade de caráter punitivo, a assistência jurídica gratuita se torna um imperativo do interesse da justiça” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 146).

44.2.4. Direito à assistência consular ao preso em situação de migração. A Corte Interamericana também consignou o entendimento, na linha do que já havia entendido na Opinião Consultiva 16, que se considera violado o devido processo legal quando o Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular¹³⁵. Assim, a Corte

¹³⁵ Acerca deste tema, é possível afirmar a existência de uma convergência entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Internacional de Justiça, uma vez que a CIJ também considera que o direito à notificação consular constitui garantia essencial e indisponível que assiste a qualquer pessoa presa em território estrangeiro. Foi o que decidiu a CIJ nos casos *Paraguay vs. USA (Caso Ángel Breard)*, *Alemanha vs. USA (Caso Le Grand)* e *México vs. USA (Caso Avena)*, nos quais a Corte analisou o caráter e os limites do disposto no art. 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares,

IDH ressaltou que “(...) o direito à informação sobre a assistência consular, enquadrado no universo conceitual dos direitos humanos, tem por objetivo compensar essa situação de vulnerabilidade, garantindo que a pessoa estrangeira detida irá desfrutar de um acesso real à justiça, mantendo a garantia do devido processo legal em pé de igualdade com aqueles que não têm as desvantagens e fruição das condições de detenção compatíveis com o respeito pela dignidade das pessoas” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 152).

44.2.5. Obrigação de separar as pessoas custodiadas em razão de situação migratória irregular das pessoas custodiadas em razão da prática de infrações penais. Ainda no julgamento do *Caso Vélez Loor*, a Corte IDH reconheceu a existência do princípio da separação ao tratar da situação migratória irregular das pessoas custodiadas. Nesse sentido, a Corte advertiu que “(...) os migrantes devem ser detidos em estabelecimentos destinados especificamente para esta finalidade, que são proporcionais ao seu estatuto jurídico e não em prisões comuns, cuja finalidade é incompatível com a natureza de uma possível detenção de uma pessoa em situação de imigração ou outros lugares onde eles podem estar juntos com as pessoas acusadas ou condenadas de infrações penais. Este princípio da separação atende, certamente, para os diferentes efeitos de privação de liberdade” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 208). Além de violações à CADH, a Corte Interamericana condenou o Estado do Panamá por violar dispositivos da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, eis que o sr. Vélez Loor foi submetido à tortura enquanto esteve recluso no Estado panamenho.

44.3. Conexões com o Direito brasileiro

48.3.1. Convergência entre a interpretação do STF e da Corte IDH sobre o direito à assistência consular. Em conformidade com a jurisprudência da Corte IDH, o STF entende que o art. 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares possui natureza cogente, o que impõe um verdadeiro dever do Estado em notificar o consulado, conforme se pode conferir no voto do min. Celso de Mello quando do julgamento da Ext 1.126, rel. min. Joaquim Barbosa, Plenário, j. 22.10.2009, ocasião em que o ministro citou, inclusive, a Opinião Consultiva 16 da Corte Interamericana, que trata do assunto. Temos aqui um exemplo, portanto, de *diálogo das cortes*. A interpretação judicial a respeito da notificação consular, porém, para que goze da supremacia inerente ao seu *status* de direito humano/fundamental, somente atingirá eficácia prática o bastante quando se avançar no entendimento de que a sua ausência torna a prisão ilegal, ensejando, conseqüentemente, o relaxamento.

44.3.2. Defesa técnica no processo de expulsão. Na edição anterior desta obra, este tópico estava intitulado como “Inconvencionalidade da interpretação dos tribunais superiores que admite a incidência da Súmula Vinculante 5 ao interrogatório de estrangeiro em processo administrativo de expulsão”. O tópico requer atualização.

A SV 5 do STF estabelece que “A falta de defesa técnica por advogado no processo

dispositivo este que versa sobre a notificação consular (o Brasil é signatário desta convenção e já a internalizou na ordem jurídica por meio do Decreto 61.068/1997).

administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Dizíamos aqui que os tribunais superiores – infelizmente – aplicavam esta súmula no interrogatório de estrangeiro em processo administrativo de expulsão. Neste sentido, por exemplo, citávamos um precedente do STJ segundo o qual “O ato administrativo de expulsão, manifestação da soberania do país, é de competência privativa do Poder Executivo, competindo ao Judiciário apenas a verificação da higidez do procedimento por meio da observância das formalidades legais. Não há falar em prejuízo ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, em face da ausência de defensor no interrogatório do paciente, o que foi suprido nos demais atos, por ser dispensável a presença de advogado no processo administrativo (Súmula Vinculante 5/STF)” (HC 197.570, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção, j. 14.09.2011).

Entendemos que, com a aprovação da Lei de Migração (Lei 13.445/2017), bem como do seu Regulamento (Decreto nº 9.199/2017), o cenário anteriormente descrito foi alterado para fazer com que o processo de expulsão obedeça as garantias do contraditório e da ampla defesa, inclusive com a notificação da Defensoria Pública da União para atuar se o expulsando não tiver advogado constituído. Vejamos alguns dispositivos relevantes da Lei 13.445 e do Decreto nº 9.199:

Lei 13.445/2017

Art. 58. No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa.

§ 1º A Defensoria Pública da União será notificada da instauração de processo de expulsão, se não houver defensor constituído.

§ 2º Caberá pedido de reconsideração da decisão sobre a expulsão no prazo de 10 (dez) dias, a contar da notificação pessoal do expulsando.

Decreto nº 9.199/2017

Art. 195. O procedimento de expulsão será iniciado por meio de Inquérito Policial de Expulsão.

§ 1º O Inquérito Policial de Expulsão será instaurado pela Polícia Federal, de ofício ou por determinação do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, de requisição ou de requerimento fundamentado em sentença, e terá como objetivo produzir relatório final sobre a pertinência ou não da medida de expulsão, com o levantamento de subsídios para a decisão, realizada pelo Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, acerca:

I - da existência de condição de inexpulsabilidade;

II - da existência de medidas de ressocialização, se houver execução de pena; e

III - da gravidade do ilícito penal cometido.

§ 2º A instauração do Inquérito Policial de Expulsão será motivada:

I - na hipótese prevista no inciso I do caput do art. 192, pelo recebimento, a qualquer tempo, por via diplomática, de sentença definitiva expedida pelo Tribunal Penal Internacional; ou

II - na hipótese prevista no inciso II do caput do art. 192, pela existência de sentença.

§ 3º Os procedimentos concernentes à expulsão observarão os princípios do contraditório e da ampla defesa.

§ 4º O ato de que trata o caput conterá relato do fato motivador da expulsão e a sua fundamentação legal, e determinará que seja realizada, de imediato, a notificação, preferencialmente por meio eletrônico:

I - do expulsando;

II - da repartição consular do país de origem do imigrante;

III - do defensor constituído do expulsando, quando houver; e

IV - da Defensoria Pública da União.

§ 5º A assistência jurídica providenciará defesa técnica no prazo a que se refere o art. 196, e, se entender necessário, tradutor ou intérprete.

§ 6º A expulsão somente ocorrerá após o trânsito em julgado da ação que julgar o processo de expulsão.

Art. 196. O defensor constituído terá o prazo de dez dias para apresentação de defesa técnica no procedimento administrativo de expulsão e dez dias para interposição de pedido de reconsideração, quando for o caso.

Parágrafo único. Os prazos estabelecidos no caput serão contados em dobro em relação à Defensoria Pública da União.

Art. 197. Iniciado o processo de expulsão, o expulsando será notificado da sua instauração, além da data e do horário fixados para o seu interrogatório”.

Com as alterações mencionadas, se obedecidas, o Brasil terá convergido a legislação e a prática internas com a jurisprudência da Corte IDH, que, no julgamento do *Caso Vélez Loor*, ressaltou que “Em processos administrativos ou judiciais em que ele pode ter uma decisão que envolva a deportação, expulsão ou prisão, a prestação de um serviço público de defesa jurídica gratuita é necessária para evitar a violação do direito às garantias do devido processo legal. De fato, em casos como este, em que o resultado do processo de migração poderia ser uma privação de liberdade de natureza punitiva, a assistência jurídica torna-se um imperativo aos interesses da justiça” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 146). Desse modo, a aplicação da SV 5 nos interrogatórios de estrangeiros em processo administrativo de expulsão viola a orientação jurisprudencial oriunda da proteção internacional de direitos humanos, uma vez que a defesa técnica é obrigatória em todos os atos referentes a esse processo administrativo.

45. Caso Gelman vs. Uruguai

Sentença de 24.02.2011

Mérito e reparações

45.1. Resumo do caso

Os fatos deste caso ocorreram durante o período da ditadura militar que foi instalada e governou o Estado do Uruguai entre os anos de 1973 e 1985 e envolvem a chamada “Operação Condor”, nome dado à aliança entre as forças de segurança, militares e serviços de inteligência das ditaduras do Cone Sul durante a década de 1970. Nesse contexto,

María Cláudia García e seu marido Marcelo Ariel Gelman foram presos juntamente com outros amigos e familiares em 24 de agosto de 1976, na cidade de Buenos Aires, Argentina. A Sra. María Cláudia García estava grávida de sete meses no momento da sua prisão. Em outubro do mesmo ano, María Cláudia foi transferida para Montevideu, no Uruguai, e, posteriormente, para o Hospital Militar da cidade, onde deu à luz uma menina. Sua filha recém-nascida foi subtraída e entregue a um policial uruguaio e a sua esposa, que realizaram todos os trâmites para registrar a criança como própria filha e lhe deram o nome de María Macarena Tauriño Vivian. A sra. María Cláudia ficou desaparecida desde após o momento do parto. O avô da criança e sogro de María Cláudia realizou uma investigação particular e encontrou a própria neta, que desde então mudou o seu nome para María Macarena Gelman e busca obter o paradeiro dos seus pais. No entanto, neste interregno, o Uruguai aprovou uma Lei de Anistia, que foi declarada constitucional pelo tribunal máximo do Estado uruguaio. A Lei da Caducidade (nome popular da Lei de Anistia uruguaia) também foi aprovada pela população em dois plebiscitos. O caso chegou até a CIDH, que, após não lograr êxito na solução da demanda, a submeteu à Corte IDH.

Processado o caso, a Corte Interamericana declarou a responsabilidade do Uruguai pelo desaparecimento forçado da sra. María Cláudia, pelo desaparecimento forçado peculiar e pela lesão à personalidade jurídica da sra. María Macarena Gelman, além da violação de direitos humanos do sr. Juan Gelman, familiar das vítimas.

45.2. Pontos importantes

45.2.1. Leis de anistia e aprovação popular mediante plebiscito. A lei de anistia do Estado uruguaio, popularmente conhecida como “Lei de Caducidade”, foi aprovada na década de 1980 pelo Poder Legislativo e ratificada pela população em dois plebiscitos (1989 e 2009). Mesmo assim, a Corte IDH entendeu que o fato de determinada legislação que protege violadores de direitos humanos ter tido o apoio popular não lhe confere convencionalidade. Assim, a Corte IDH manteve sua clássica jurisprudência acerca das leis de anistia (*Caso Gomes Lund*, *Caso Arellano Almonacid* e *Caso Barrios Altos*) e declarou, no julgamento do *Caso Gelman*, a inconvenção da Lei de Anistia do Estado Uruguaio.

É importante lembrarmos que as violações oriundas de crimes contra a humanidade não se convalidam no tempo e que as graves violações de direitos humanos cometidas em períodos antidemocráticos não podem ser perdoadas, conforme tem decidido a Corte IDH. Nesse sentido, ressaltou a Corte no *Caso Gelman* que “O fato de que a Lei de Caducidade tenha sido aprovada em um regime democrático e ainda ratificada ou respaldada pela população em duas ocasiões não lhe concede automaticamente, nem por si só, legitimidade perante o Direito Internacional. A participação da população com respeito a esta Lei, por meio de procedimentos de exercício direto da democracia (...) sobre um projeto de reforma constitucional através do qual seriam declarados nulos os artigos 1 a 4 da Lei, em 25 de outubro do ano 2009, deve ser considerada, então, como fato atribuível ao Estado e gerador, portanto, de sua responsabilidade internacional” (Mérito e reparações, § 238).

Para finalizar este tópico, nos parece oportuno advertir que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não admite o fenômeno da *usucapião de convencionalidade*, pois o fato de uma norma inconvenção estar em vigor por um longo período de tempo não

tem o condão de lhe conferir convencionalidade.

45.2.2. Toda autoridade pública tem o poder-dever de exercer o controle de convencionalidade. A Corte IDH avançou em sua jurisprudência sobre o controle de convencionalidade no julgamento do *Caso Gelman*, afirmando que não somente os membros do Poder Judiciário, mas também toda e qualquer autoridade pública tem o poder-dever de exercer o controle de convencionalidade. Para a Corte, “Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer ex officio um ‘controle de convencionalidade’ entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (Mérito e reparações, § 193)¹³⁶. Essa extensão do dever de exercer o controle de convencionalidade para toda e qualquer autoridade pública, reconhecida pela Corte Interamericana, é chamada pela doutrina de controle de convencionalidade *como diretriz*.

45.2.3. A subtração de uma criança recém-nascida e a alteração da sua identidade como uma forma peculiar de desaparecimento forçado. Ainda no julgamento do *Caso Gelman*, a Corte IDH ressaltou que a subtração de uma criança recém-nascida e a negação de sua própria identidade (uma vez que foi entregue de forma ilegítima para adoção) constituem uma forma peculiar de desaparecimento forçado: “A subtração, supressão e substituição da identidade de María Macarena Gelman García como consequência da detenção e posterior traslado de sua mãe grávida a outro Estado podem ser qualificadas como uma forma particular de desaparecimento forçado de pessoas, por haver tido o mesmo propósito ou efeito, ao criar uma incógnita pela falta de informação sobre seu destino ou paradeiro ou ainda a negativa a reconhecê-lo, nos próprios termos da referida Convenção Interamericana. Isso é consistente com o conceito e os elementos constitutivos do desaparecimento forçado já abordados (pars. 64 a 78 supra), entre eles, a definição contida na Convenção Internacional para a proteção de todas as pessoas contra desaparecimentos forçados, de 2007, que em seu artigo 2º se refere a ‘qualquer outra forma de privação de liberdade’. Além disso, tal situação está prevista especificamente no artigo 25 desta Convenção Internacional e foi reconhecida por vários órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos. No caso do Uruguai, suas disposições internas reconhecem as crianças subtraídas como vítimas de desaparecimentos forçados” (Mérito e reparações, § 132). Desse modo, ao fixar esse entendimento, a Corte Interamericana evidenciou a existência de um *direito humano à identidade*.

¹³⁶ A partir deste entendimento da Corte IDH, observamos a necessidade de se dividir o controle de convencionalidade em próprio e impróprio. O *controle de convencionalidade próprio* é aquele exercido por juízes, tribunais ou qualquer órgão do Poder Judiciário. Já o *controle de convencionalidade impróprio* é aquele exercido pelos demais órgãos e autoridades públicas, como, por exemplo, nas hipóteses em que os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público exercem o controle de convencionalidade.

46. Caso López Mendoza vs. Venezuela

Sentença de 01.09.2011

Mérito, reparações e custas

46.1. Resumo do caso

No ano de 1998, o sr. Leopoldo López Mendoza trabalhou como analista de meio ambiente no escritório do economista-chefe da companhia estatal de petróleo da Venezuela. Enquanto exercia o seu cargo, López Mendoza também fundou uma associação sem fins lucrativos, chamada Civil Association Primero Justicia. Ainda no ano de 1998, aquela companhia petroleira assinou um memorando em conjunto com a Fundação Interamericana (IAF), com o intuito de realizar duas doações de quantias vultosas para o benefício da associação sem fins lucrativos fundada pelo Sr. Mendoza. Dois anos se passaram e, no dia 4 de agosto de 2000, López Mendoza foi eleito para um mandato de quatro anos como prefeito do Município de Chacó; foi reeleito no dia 31 de outubro de 2004 e permaneceu no cargo até novembro de 2008, quando pretendia se candidatar a Dirigente Metropolitano de Caracas, capital da Venezuela. No entanto, López Mendoza foi inabilitado para o exercício da função pública em dois processos administrativos sancionadores. O primeiro processo administrativo se referia a fatos ocorridos quando López Mendoza exercia o cargo de analista ambiental. O Estado venezuelano alegou que López Mendoza teria atuado em conflito de interesses em virtude das doações realizadas pela companhia petroleira para a sua associação sem fins lucrativos. Neste primeiro processo administrativo, López Mendoza foi responsabilizado administrativamente com a pena de multa; posteriormente, por meio de resolução, foi declarada a sanção de inabilitação para o exercício da função pública por três anos. Já no segundo processo administrativo movido pelo Estado da Venezuela contra López Mendoza, a acusação versava sobre uma possível malversação de recursos públicos, eis que o governo da Venezuela alegou que ele havia aplicado créditos orçamentários em finalidades diversas das previstas em lei enquanto foi prefeito do Município de Chacó. Neste segundo processo administrativo, o Estado venezuelano reconheceu a responsabilidade administrativa de López Mendoza e lhe condenou ao pagamento da pena de multa e, posteriormente, declarou, por meio de resolução, a sua inabilitação para o exercício de função pública por mais seis anos. Em virtude das condenações proferidas em sede administrativa pelo Estado da Venezuela, López Mendoza não conseguiu registrar sua candidatura na junta eleitoral distrital, restando prejudicada a sua possibilidade de concorrer ao cargo de dirigente do Distrito Metropolitano de Caracas.

Após o processamento do caso, a Corte IDH entendeu que não houve violação do princípio da presunção de inocência por parte do Estado venezuelano, pois, segundo a Corte, em nenhum momento durante a tramitação dos processos administrativos que deram ensejo às condenações López Mendoza teria sido tratado como culpado. Na sequência, a Corte IDH ressaltou que não possui competência para analisar eventual responsabilidade de López Mendoza, mas apenas para aferir se houve alguma violação à CADH. Assim, a Corte Interamericana concluiu que a Venezuela não partiu do pressuposto de que o acusado era culpado, e sim do estado de inocência. Também não prosperaram as alegações de que o direito ao duplo grau de jurisdição teria sido violado. No

entanto, a Corte IDH condenou o Estado da Venezuela por violar o art. 8.2 da CADH c/c art. 1.1 da mesma Convenção, tendo em vista que o Estado Venezuelano apenas declarou a inabilitação de López Mendoza, sem que fossem expostos os motivos de tal condenação. Caracterizou-se, portanto, no entender da Corte, uma violação do dever de motivar as decisões por parte da Venezuela, bem como um cerceamento ao direito de defesa de López Mendoza. Prosseguindo, a Corte Interamericana reconheceu a violação do art. 22.3 da Convenção Americana, eis que a restrição de direitos políticos deveria ter advindo de um processo criminal, processado e julgado diante de todas as garantias, o que não teria ocorrido. Finalmente, a Corte IDH determinou a anulação das medidas emitidas pela Controladoria-Geral da República que decretaram a inabilitação do acusado para o exercício da função pública.

46.2. Pontos importantes

46.2.1. Reconhecimento da extensão da presunção de inocência aos processos administrativos. Embora concebido originariamente para os processos criminais, o princípio da presunção de inocência também deve ser aplicado aos processos administrativos, conforme decidiu a Corte IDH no julgamento do *Caso López Mendoza*.

46.2.2. Restrição a direitos políticos decidida em processo de natureza não penal. A CADH estabelece que “A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal” (art. 23.2). A Corte Interamericana determinou, no julgamento do *Caso López Mendoza*, a anulação das resoluções expedidas pela Corregedoria-Geral que haviam declarado a inabilitação de López Mendoza para o exercício da função pública. Para a Corte IDH, a inabilitação para exercício de direitos políticos não poderia ter resultado de um processo administrativo, mas somente de um processo criminal: “O artigo 23.2 da Convenção determina quais são as causas que permitem restringir os direitos reconhecidos no artigo 23.1, assim como, no seu caso, os requisitos que devem ser cumpridos para que proceda tal restrição. No presente caso, que se refere a uma restrição imposta por punição, deveria se tratar de uma ‘condenação, por juiz competente, em processo penal’. Nenhum desses requisitos foi cumprido, pois o órgão que impôs estas sanções não era um ‘juiz competente’, nem houve ‘condenação’ e as sanções não se aplicaram como resultado de um ‘processo penal’ (...)” (Mérito, reparações e custas, § 107). Com isso, temos que a Corte IDH prestigiou uma interpretação literal da CADH.

46.2.3. Irretroatividade do ato normativo estatal que admite a restrição de direitos políticos. Estabelece o art. 9º da CADH que “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado”. Veja-se, portanto, que a CADH adota o princípio da irretroatividade da normativa punitiva mais grave. E, a partir desse preceito convencional, a Corte IDH vedou a aplicação retroativa de normativas punitivas que implicavam restrições a direitos políticos de López Mendoza, consagrando a proteção da segurança jurídica.

46.3. Conexões com o Direito brasileiro

46.3.1. (In)convencionalidade da Lei da Ficha Limpa. Em razão do precedente criado pela Corte IDH no julgamento do *Caso López Mendoza*, parte da doutrina sustenta a inconvenção de algumas das situações reguladas pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) que admitem a decretação de inelegibilidade como consequência de decisões proferidas em processo cível de improbidade e até mesmo em processos administrativos no âmbito dos órgãos de classe. Assim, há quem sustente, então, a partir da CADH e do *Caso López Mendoza*, a inconvenção de todos os dispositivos da Lei da Ficha Limpa que permitem a decretação de inelegibilidade por tribunais administrativos ou por órgãos jurisdicionais sem competência penal¹³⁷.

Por outro lado, há uma segunda corrente que entende pela convencionalidade total da Lei da Ficha Limpa, que se expressa neste sentido a partir de uma interpretação sistemática da CADH e também com base no precedente firmado pela Corte IDH no julgamento do *Caso Castañeda Gutman*, oportunidade em que a Corte Interamericana, analisando a possibilidade de a filiação partidária ser colocada como eventual restrição ao exercício dos direitos políticos – uma vez que não está prevista no art. 23.2 da CADH –, decidiu que seria possível os Estados criarem outras causas restritivas aos direitos políticos, desde que estas a) satisfaçam uma necessidade social imperiosa, b) sejam adequadas e c) se ajustem a um objetivo legítimo (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 186). Assim, invocando o *Caso Castañeda Gutman* e também o alto grau de legitimidade democrática da Lei da Ficha Limpa – aprovada mediante projeto de lei de iniciativa popular –, há quem considere que as hipóteses de inelegibilidade previstas naquela lei obedecem aos parâmetros fixados no precedente da Corte IDH¹³⁸.

Finalmente, há uma terceira corrente, que entende pela inaplicabilidade parcial do *Caso López Mendoza* ao Brasil, e isso porque, além de o preceito convencional da CADH comportar uma interpretação mais ampla e sistemática (conforme votou, inclusive, o juiz García-Sayán), o contexto fático desse precedente revelou uma perseguição política contra López Mendoza, enquanto que a Lei da Ficha Limpa objetiva tutelar o direito fundamental à *boa governança*, não servindo de instrumento para nenhum tipo de perseguição. Para esta corrente, apenas algumas das hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei da Ficha Limpa seriam inconvenções, quais sejam, aquelas que admitem a decretação da inelegibilidade por órgãos não judiciais¹³⁹.

¹³⁷ Para um maior aprofundamento sobre esta posição, ver: FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

¹³⁸ Nesse sentido, ver: CARVALHO, Volgane Oliveira. O caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos e seus reflexos sobre a lei das inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990). *Estudos Eleitorais*, Brasília, DF, v. 9, n. 2, p. 106-122, maio-ago. 2014.

¹³⁹ Nesse sentido, ver: RAMOS, André de Carvalho Ramos. *Curso de direitos humanos...*, p. 763.

Correntes sobre a (in)convencionalidade da Lei da Ficha Limpa a partir da jurisprudência da Corte IDH	
Inconvencionalidade de todas as situações de inelegibilidade que podem ser decretadas por juízo extrapenal	Argumento apresentado a partir de uma interpretação literal do art. 23.2 da CADH, invocando-se, também, o <i>Caso López Mendoza</i> .
Convencionalidade de todas as situações de inelegibilidade	Argumento baseado na legitimidade democrática da Lei da Ficha Limpa, invocando-se, também, o <i>Caso Castañeda Gutman</i> .
Inconvencionalidade parcial, ou seja, de apenas algumas das situações de inelegibilidade	Argumento apresentado a partir de uma interpretação evolutiva e sistemática do art. 23.2 da CADH, invocando-se, também, a peculiaridade fática do <i>Caso López Mendoza</i> , considerando inconvencional apenas as hipóteses de inelegibilidade decretadas por órgãos não judiciais.

46.3.2. Impossibilidade de aplicação da Lei da Ficha Limpa de forma retroativa.

Conforme afirmou a Corte IDH no julgamento do *Caso López Mendoza*, as situações que visam restringir ou suspender os direitos políticos dos indivíduos devem ser previsíveis, não se admitindo, assim, a retroatividade da normativa punitiva, princípio geral do Direito e aplicável também ao Direito Eleitoral brasileiro. No entanto, o STF, ao julgar as ADCs 29 e 30 e a ADI 4.578 (rel. min. Luiz Fux, Plenário, j. 16.02.2012), decidiu pela constitucionalidade total da Lei da Ficha Limpa, sem enfrentar de forma adequada o tema da sua aplicação retroativa, permitindo, então, a sua aplicação nas eleições daquele ano, alcançando fatos ocorridos antes de sua vigência.

Toda a controvérsia reside no aumento do prazo de inelegibilidade de três para oito anos gerado pela Lei da Ficha Limpa. Os indivíduos condenados em período anterior ao advento da lei alegam que a condenação deve perdurar apenas pelo prazo de três anos, com base no princípio da irretroatividade da lei mais grave. O tema ainda não foi decidido pelo STF, uma vez que o ARE 785.068 (rel. min. Ricardo Lewandowski) encontra-se pendente de julgamento.

Finalmente, importante registrar que recentemente o min. Roberto Barroso acolheu uma reclamação constitucional autorizando a candidatura de um indivíduo condenado em período anterior à LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), aplicando, nesse caso, o prazo de três anos para a inelegibilidade decretada pelo órgão eleitoral. Barroso entendeu que a questão não foi pontualmente enfrentada pelo Plenário nos julgamentos em controle concentrado de constitucionalidade. Assim, com base no perigo da irreversibilidade de eventual decisão, deferiu o pleito, autorizando a candidatura (Rcl 24.224, j. 14.07.2016). O PGR havia se manifestado em sentido contrário, alegando que o STF já consolidou entendimento pela possibilidade de aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa. Há, na verdade, uma *incerteza*, que só será definitivamente elucidada ao final do julgamento do ARE 785.068. Concordamos com o entendimento da Corte Interamericana, de modo que, no Brasil, a Lei da Ficha Limpa não poderia ser aplicada de forma retroativa¹⁴⁰.

¹⁴⁰ No dia 11 de novembro de 2015, o ex-prefeito de um município do interior de Santa Catarina,

47. Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile

Sentença de 24.02.2012	<i>Mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 21.11.2012	<i>Solicitação de interpretação da sentença de mérito, reparações e custas</i>

47.1. Resumo do caso

Os fatos do presente caso se iniciaram em 2002, quando Karen Atala Riffo decidiu encerrar seu casamento com Ricardo Jaime López Allendes, com quem tinha três filhas. Como parte da separação de fato, estabeleceram por mútuo acordo que as filhas do casal ficariam aos cuidados da senhora Atala Riffo. Em novembro de 2002, a senhora Emma de Ramón, companheira amorosa da senhora Atala, começou a conviver na mesma casa com ela e suas filhas. Em janeiro de 2003, o pai das três filhas ajuizou uma ação de desconstituição da custódia ante o Juizado de Menores de Villarrica. O senhor Ricardo, pai das meninas, teve a sua pretensão indeferida pelo Juizado de Menores, cuja sentença foi confirmada pela Corte de Apelações. Em maio de 2004, porém, a Corte Suprema de Justiça do Chile acolheu um recurso do senhor Ricardo e lhe concedeu a guarda das suas filhas, afirmando que a orientação sexual da senhora Atala poderia expor suas filhas a discriminação e lhes causar confusão psicológica, já que elas deveriam viver e se desenvolver “no seio de uma família estruturada normalmente e apreciada no meio social, segundo o modelo tradicional que lhe é próprio”. A senhora Karen Atala Riffo, que era juíza no Poder Judiciário chileno, a primeira, aliás, a se assumir como lésbica publicamente, denunciou o Estado na CIDH, que, por sua vez, levou o caso à Corte IDH.

Após o processamento do caso, a Corte IDH declarou o Chile responsável internacionalmente por ter violado, entre outros: a) o direito à igualdade e à não discriminação em prejuízo da senhora Atala e de suas filhas; b) o direito à vida privada; c) o direito à honra e à dignidade; e d) o direito à proteção da família. A Corte IDH ressaltou que a orientação sexual e a identidade de gênero são categorias protegidas pela CADH por meio da expressão “outra condição social” prevista no art. 1.1, que proíbe qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual pelo Direito interno, seja por parte de autoridades estatais ou por particulares. A Corte IDH também afirmou que o interesse superior da criança não pode ser utilizado para amparar discriminação contra os pais em razão da orientação sexual de qualquer deles, não podendo o julgador levar em consideração essa *condição social* para decidir sobre processos de guarda. Finalmente, a Corte IDH esclareceu que a CADH não acolheu um conceito fechado de família, e tampouco protege somente um modelo “tradicional” de família, assentando que o conceito de vida familiar não pode ser reduzido unicamente ao matrimônio, devendo abranger outros laços familiares em que as pessoas têm vida em comum. Assim, portanto, a Corte IDH não adentrou no mérito sobre com quem deveria ficar a guarda das filhas, mas somente

Odilson Vicente de Lima (PSD), apresentou reclamação contra a norma na CIDH, afirmando que a Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) violou seu direito fundamental e político de candidatura e foi aplicada retroativamente para lhe prejudicar, o que violaria a irretroatividade da lei mais grave garantida pela CADH. A CIDH ainda não deu uma resposta definitiva sobre o caso.

considerou incompatível com a CADH a motivação discriminatória sexual ou de gênero utilizada pelo Poder Judiciário chileno para atribuir a guarda das filhas ao pai.

47.2. Pontos importantes

47.2.1. Primeiro precedente da Corte IDH sobre proteção do direito à diversidade sexual. O *Caso Atala Rizzo* se destaca na jurisprudência da Corte por ter sido o primeiro precedente sobre proteção do direito à diversidade sexual, projetando uma *mensagem* para o continente americano de que as discriminações baseadas na orientação sexual não devem ser admitidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

47.2.2. A proteção do direito à diversidade sexual pelos sistemas regionais americano e europeu e pelo sistema universal de proteção dos direitos humanos. Estabelece o art. 1.1 da CADH que “Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. Percebe-se que o *legislador interamericano* teve o cuidado de não prever um rol taxativo ou limitado de “motivos” que podem ensejar a discriminação, encerrando a redação do preceito convencional com a expressão *ou qualquer outra condição social*, que, nos dizeres da Corte IDH, deve ser interpretada na perspectiva da opção mais favorável à pessoa e da evolução dos direitos humanos no Direito Internacional contemporâneo (Mérito, reparações e custas, § 85). Assim, a Corte IDH ressaltou que “(...) a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção”, razão pela qual “(...) nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais ou por particulares, pode diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de uma pessoa a partir de sua orientação sexual” (Mérito, reparações e custas, § 91). Essa mesma orientação é encontrada nos sistemas europeu e universal de proteção dos direitos humanos, com os quais a Corte IDH convergiu no julgamento do *Caso Atala Rizzo*: a) no âmbito do sistema europeu, a Corte citou, entre outras, as decisões do TEDH nos casos *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* e *Clift vs. Reino Unido*, em que se concluiu que a orientação sexual se enquadra no conceito de *ou qualquer outra situação* prevista no art. 14 da CEDH; e b) no âmbito do sistema universal, a Corte citou diversas decisões e vários informes dos Comitês da ONU que prestigiam o *princípio da não discriminação* e afirmam que a orientação sexual está protegida pelo PIDCP (art. 2.1) e pelo PIDESC (art. 2.2) na expressão *ou outra condição social*.

47.2.3. A proteção do direito à diversidade sexual e à identidade de gênero pela OEA. Seguindo com a contextualização do tema nas mais diversas *arenas* de proteção dos direitos humanos, a Corte IDH também anotou no julgamento do *Caso Atala Rizzo* que a Assembleia Geral da OEA já aprovou em suas sessões anuais quatro resoluções a respeito da proteção das pessoas contra atos discriminatórios baseados em sua orientação sexual e identidade de gênero (Mérito, reparações e custas, § 86), instando os Estados a adotarem as medidas necessárias para prevenir, punir e erradicar essa discriminação. As Resoluções da OEA, cronologicamente, são as seguintes: 2.653/2011, 2.600/2010, 2.504/2009 e 2.435/2008.

47.2.4. A orientação sexual dos pais das crianças não pode ser invocada para decidir processo judicial de guarda. Conforme vimos no resumo do caso, o Poder Judiciário chileno considerou a orientação sexual da senhora Atala Riffo para conceder a guarda das filhas do casal a seu marido, invocando, entre outros argumentos, o *interesse superior da criança*. Sobre essa questão, a Corte IDH iniciou afirmando que, “(...) para comprovar que uma diferenciação de tratamento tenha sido utilizada numa decisão, não é necessário que a totalidade da decisão esteja baseada ‘fundamental e unicamente’ na orientação sexual da pessoa, pois basta constatar que de maneira explícita ou implícita se levou em conta até certo grau a orientação sexual da pessoa para adotar uma determinada decisão” (Mérito, reparações e custas, § 94). Na sequência, a Corte ressaltou que, embora o *interesse superior da criança* seja um fim legítimo e imperioso que deve reger a apreciação judicial dos processos de guarda, “(...) não se pode admitir as especulações, presunções, os estereótipos ou considerações generalizadas sobre características pessoais dos pais ou preferências culturais a respeito de certos conceitos tradicionais de família” (Mérito, reparações e custas, § 109). Assim, a Corte IDH concluiu que “O interesse superior da criança não pode ser utilizado para amparar a discriminação contra a mãe ou o pai pela orientação sexual de qualquer deles. Desse modo, o julgador não pode levar em consideração esta condição social como elemento para decidir sobre uma destituição de custódia” (Mérito, reparações e custas, § 110), e também que “(...) não são admissíveis as considerações baseadas em estereótipos pela orientação sexual, isto é, concepções dos atributos, condutas ou características possuídas pelas pessoas homossexuais ou o impacto que estes presumidamente podem ter nas crianças” (Mérito, reparações e custas, § 111). Prosseguindo, também relacionado com o *princípio do interesse superior da criança*, outro argumento invocado pelo Poder Judiciário chileno para retirar a guarda das filhas da senhora Atala diz respeito à “discriminação social” que aquelas sofreriam. No entanto, a Corte IDH – acertadamente, a nosso ver – não acolheu esse argumento e afirmou que, apesar de certas sociedades serem intolerantes a condições como raça, sexo, nacionalidade ou orientação sexual de uma pessoa, os Estados não podem utilizar essa circunstância para perpetuar tratamentos discriminatórios, já que estão obrigados justamente a enfrentar manifestações intolerantes e discriminatórios com o fim de evitar a exclusão ou a negação de uma condição (Mérito, reparações e custas, § 119). Encerrando este ponto, a Corte IDH ressaltou que “(...) o Direito e os Estados devem ajudar o avanço social, pois do contrário se corre o grave risco de legitimar e consolidar distintas formas de discriminação violatórias dos direitos humanos” (Mérito, reparações e custas, § 120), concluindo que “(...) um possível estigma social devido à orientação sexual da mãe ou do pai não pode ser considerado um ‘dano’ válido aos efeitos da determinação do interesse superior da criança” (Mérito, reparações e custas, § 121).

47.2.5. A CADH não acolheu um conceito fechado ou “tradicional” de família. O Poder Judiciário chileno também invocou, para retirar a guarda das crianças da senhora Atala Riffo, que aquelas teriam o direito de viver e se desenvolver no seio de uma família “tradicional”, afirmando, ainda, que o pai possuía características mais favoráveis em prol do interesse superior das crianças no contexto de uma “sociedade heterossexual”. A Corte IDH rechaçou esse argumento e afirmou que a CADH não acolheu um conceito fechado ou “tradicional” de família, ressaltando, ainda, que o conceito de vida familiar não está reduzido unicamente ao matrimônio (Mérito, reparações e custas, § 142). Na sequência,

a Corte IDH fez constar que este entendimento coincide com a jurisprudência do TEDH, que, no *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, assentou que carecia de proporcionalidade entre a medida tomada (destituição da guarda) e o fim perseguido (proteção do interesse superior da criança) a decisão de um tribunal nacional de retirar do pai homossexual a guarda de sua filha com o argumento de que a criança deveria viver numa *família portuguesa tradicional* (Mérito, reparações e custas, § 143).

47.3. Conexões com o Direito brasileiro

47.3.1. Adoção por casais homossexuais. No Brasil, embora ainda exista um preconceito a respeito da adoção por casais homossexuais, o Poder Judiciário vem admitindo este gesto de amor, valendo destacar o importante precedente do STJ com o julgamento do REsp 889.852, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 27.04.2010, e do STF com o julgamento do RE 846.102, rel. min. Carmen Lúcia, j. 05.03.2015.

48. Caso Povo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Equador

Sentença de 27.06.2012

Mérito e reparações

48.1. Resumo do caso

Em julho de 1996, a Companhia Estatal de Petróleo do Equador (PETROEQUADOR) firmou um contrato com a Companhia Geral de Combustíveis (CGC), empresa argentina, para a exploração de petróleo em uma área popularmente conhecida na região como “Bloco 23”. Essa região tem uma extensão de aproximadamente 20.000 hectares, 65% dos quais foram reivindicados pela comunidade indígena Sarayaku. No ano de 2002, a Companhia Geral de Combustíveis (CGC) começou a realizar suas atividades na área. Foram destruídas várias cavernas, cachoeiras e rios subterrâneos que eram utilizados como fonte de água potável pela comunidade indígena Sarayaku. A Companhia argentina também implantou 1400 kg de explosivos por boa parte da terra onde os Sarayaku habitavam.

Após o processamento do caso, a Corte IDH condenou o Estado do Equador por violar direitos da comunidade indígena Sarayaku, tais como a propriedade comunal e a identidade cultural. O Equador também foi responsabilizado por não respeitar o direito de consulta à comunidade indígena envolvida, já que em nenhum momento durante a exploração de petróleo pela CGC os indígenas prestaram sua aquiescência. Na sequência, a Corte Interamericana também responsabilizou o Equador pela violação do direito à vida (CADH, art. 4º) dos membros da comunidade indígena do Sarayaku, dado que o uso de explosivos na terra indígena criou uma situação permanente de riscos e ameaças às suas vidas e a sua segurança. Diante dos fatos ocorridos, a Corte ainda estipulou uma indenização de um milhão e trezentos mil dólares em favor da comunidade indígena Sarayaku, determinando também a remoção dos explosivos implantados na área, bem como o respeito ao direito de consulta às comunidades indígenas.

48.2. Pontos importantes

48.2.1. Utilização da Convenção 169 da OIT como vetor hermenêutico para que se interpretem as demais obrigações de direitos humanos, mesmo quando o Estado não a tenha ratificado. A Convenção 169 da OIT é o mais importante tratado internacional de direitos humanos sobre direitos dos Povos Indígenas e Tribais. Ela proporcionou uma mudança de paradigma no tratamento da matéria: introduziu o paradigma do multiculturalismo para as comunidades tradicionais e rompeu com o antigo paradigma do integracionismo, segundo o qual a finalidade era, em última instância, introduzir os membros dessas comunidades na sociedade envolvente, dando-lhes uma destinação social¹⁴¹. Assim, além de aproveitar a gramática de direitos humanos quando da sua aplicação, a Convenção 169 da OIT também é utilizada como tratado internacional de auxílio na interpretação da CADH, dimensionando as obrigações de determinado Estado, independentemente de ratificação. Isso porque a Corte IDH pode se valer de qualquer tratado internacional aplicado no continente americano para buscar a melhor concretização dos direitos humanos consagrados na Convenção. Logo, não há qualquer problema em se interpretar a Convenção Americana à luz da Convenção 169 da OIT, mesmo em casos que envolvam aqueles Estados que ainda não ratificaram o tratado internacional em questão. Foi o que decidiu a Corte Interamericana no julgamento do *Caso Sarayaku*¹⁴².

48.2.2. Dever de consulta prévia, livre e de boa-fé para com as comunidades indígenas.

No julgamento do *Caso Sarayaku*, a Corte Interamericana seguiu a sua jurisprudência acerca da obrigatoriedade de consultar os povos indígenas com a finalidade de obter acordo ou consentimento antes de tomar qualquer decisão ou praticar ato estatal que possa causar um gravame ou influenciar a vida cultural e social desses povos, de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização. O dever de consulta às comunidades indígenas envolvidas está previsto no art. 6º da Convenção 169 da OIT, convenção internacional já incorporada no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto 5.051/2004 e que possui *status* de norma supralegal, devendo, portanto, também ser obedecida na ordem interna¹⁴³.

¹⁴¹ Após a adesão à Convenção 169 da OIT pelo Brasil, considera-se que boa parte do Estatuto do Índio não foi recepcionada pela Constituição Federal por tratar os membros das comunidades indígenas à luz do integracionismo, paradigma já superado pelo atual regime de proteção internacional dos direitos humanos.

¹⁴² Sobre o tema, a lição de André de Carvalho Ramos: “Interessante que já há precedente sobre sua aplicabilidade como guia hermenêutico para que se interprete as demais obrigações de direitos humanos. Em caso contra o Equador, que não havia ratificado a Convenção n. 169, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a Convenção n. 169 serve como baliza interpretativa para dimensionar as obrigações do Estado perante a Convenção Americana de Direitos Humanos (*Caso Sarayaku vs. Equador*)” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos...*, p. 667). Nesse sentido, ver também: Corte IDH, *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Sentença de 17 de junho de 2005, § 127.

¹⁴³ É oportuno ressaltar, no entanto, que o STF, ao julgar os embargos declaratórios no *Caso Raposa Serra do Sol*, entendeu que: “o direito de prévia consulta às comunidades deve ceder diante de questões estratégicas, como a defesa nacional, soberania ou a proteção ambiental, que podem prescindir de prévia comunicação a quem quer que seja, incluídas as comunidades indígenas” (Pet 3.388 ED, rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, j. 23/10/2013). Logo, o STF simplesmente ignorou a jurisprudência já consolidada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao decidir não ser vinculante e obrigatório o direito de consulta prévia às comunidades indígenas, posição com a qual não concordamos, por estar em dissonância com o atual estágio da proteção internacional dos direitos humanos.

Sobre o aspecto da boa-fé no direito de consulta, a Corte IDH assentou entendimento no sentido da incompatibilidade de pretensões de desintegração da coesão social das comunidades afetadas, tais como a corrupção de líderes comunais, o estabelecimento de lideranças paralelas e as negociações individuais com membros das comunidades (Mérito, reparações e custas, § 186).

49. Caso Furlán e familiares vs. Argentina

Sentença de 31.08.2012

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

49.1. Resumo do caso

No dia 21 de dezembro de 1988, Sebastián Furlan, criança de apenas 14 anos de idade, adentrou um prédio próximo a sua residência com o intuito de se divertir. Ocorre que o prédio era na verdade um circuito de treinamento militar abandonado, de propriedade do Exército argentino. Não havia qualquer tipo de proteção, cerca ou obstáculo que impedisse o ingresso das crianças no local, que era considerado o ponto de encontro dos jovens para a prática de esportes e brincadeiras. Naquele dia, o jovem Furlan se pendurou em uma viga pertencente às instalações militares do Exército argentino e a peça, de cerca de 50 kg, caiu sobre sua cabeça, deixando-o inconsciente. Após diversas intervenções cirúrgicas e longo tempo de internação, o menino Furlan saiu do hospital com dificuldades na fala e para exercer o movimento dos membros superiores e inferiores.

Após o processamento do caso, a Corte IDH condenou o Estado da Argentina pelos seguintes motivos: a) violação do direito do menino Furlan e sua família ao julgamento do processo em prazo razoável (arts. 8.1 c/c 19 e 1.1 da CADH) ante a compreensão da Corte Interamericana de que, diante do estado de vulnerabilidade em que se encontrava a vítima, esta necessitava que o processo fosse julgado com a maior celeridade possível; b) violação do direito à proteção judicial e ao direito de propriedade privada (arts. 25.1 c/c 25.2 e 21 da CADH); e c) inefetividade do Estado argentino em garantir o acesso à justiça e o direito à integridade pessoal de Sebastián e de seus familiares (arts. 5.1, 8.1, 21, 25.1 e 25.2 da CADH).

49.2. Pontos importantes

49.2.1. Primeiro caso envolvendo a atuação da Defensoria Pública Interamericana.

O *Caso Furlan* representa o primeiro processo tramitado na Corte Interamericana com atuação da Defensoria Pública Interamericana (DPI). É importante ressaltar que a atuação da DPI também pode ocorrer perante a CIDH, conforme convênio celebrado entre a Comissão e a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF) em 2013.

49.2.2. Dever do estado de incluir a pessoa com deficiência na sociedade e adotar medidas positivas para eliminar as barreiras impostas pela sociedade majoritária.

No julgamento do *Caso Furlan*, a Corte IDH assentou o dever dos Estados de incluir a pessoa com deficiência na sociedade, uma vez que "(...) toda pessoa que se encontra em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres

especiais, cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para satisfazer as obrigações gerais de respeito e de garantia dos direitos humanos. O Tribunal recorda que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre, como a deficiência. Nesse sentido, é obrigação dos Estados atuar pela inclusão das pessoas portadoras de deficiência por meio da igualdade de condições, oportunidades e participação em todas as esferas da sociedade, com o fim de garantir que as limitações anteriormente descritas sejam desmanteladas. Portanto, é necessário que os Estados promovam práticas de inclusão social e adotem medidas de diferenciação positiva para remover estas barreiras" (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 134). Desse modo, e com base na Convenção da ONU sobre Pessoas com Deficiência, a Corte Interamericana destacou que "(...) a deficiência não se define exclusivamente pela presença de uma deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, mas que se inter-relaciona com as barreiras ou limitações existentes socialmente para que as pessoas possam exercer seus direitos de maneira efetiva. Os tipos de limites ou barreiras que as pessoas com diversidade funcional comumente encontram na sociedade são, entre outras, barreiras físicas ou arquitetônicas, comunicativas, de atitudes ou socioeconômicas" (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 135). Assim, com base no conceito de *adaptação razoável*, os Estados americanos possuem o dever de eliminar todas as barreiras que restringem a fruição dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

49.3. Conexões com o Direito brasileiro

49.3.1. Direito à acomodação razoável (*right to accommodation*) e direitos humanos.

A noção de *acomodação razoável* (*right to accommodation*) originou-se nos EUA, quando da aprovação do *Equal Employment Opportunity Act* de 1972, com o intuito de combater a discriminação no mercado de trabalho. O termo foi originariamente utilizado no campo da discriminação religiosa, obrigando o empregador a comprovar que não estaria apto a acomodar razoavelmente as práticas religiosas de seus empregados sem um ônus indevido. Desse modo, o direito à *acomodação razoável* visa empregar todos os mecanismos disponíveis para ajustar práticas, materiais, ambientes, barreiras arquitetônicas etc., às diferenças entre as pessoas, para assegurar-lhes igualdade de oportunidades, que passa a ser configurada caso não haja oferta de adaptação razoável até o limite do ônus indevido. Assim, o *right to accommodation* possui uma importância ímpar na seara dos direitos das pessoas com deficiência, funcionando como instrumento de inclusão da pessoa com deficiência na sociedade. Dessa forma, considera-se "razoável" a acomodação eficaz para o indivíduo ou grupo. Além disso, a *adaptação razoável* há de ser produto de um processo de diálogo entre os envolvidos, e nunca ser imposta de forma unilateral. Em síntese, o ônus será indevido quando: a) adotar uma adaptação que amesquinha desproporcionalmente o objetivo da medida, ensejando riscos à segurança, saúde, bem-estar etc.; e b) no balanceamento de custos e benefícios, a adaptação mostrar-se demasiadamente custosa. Por fim, alerta-se para o fato de que a análise de custos e benefícios não se restringe aos aspectos financeiros e tampouco se esgota nos sujeitos ativo e passivo especificamente implicados. Sobre o direito à acomodação razoável, a própria Convenção da ONU sobre Pessoas com Deficiência define "adaptação razoável" como "as modificações e os ajustes

necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

49.3.2. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção das pessoas com deficiência na sociedade. Segundo dispõe o art. 205 da CF/88, “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Com base nesse dispositivo, interpretado à luz da Convenção da ONU sobre Pessoas com Deficiência, o STF afirmou expressamente a constitucionalidade e a convencionalidade das políticas públicas de inserção das pessoas com deficiência na sociedade. Trata-se de precedente no qual o STF concluiu pela inoponibilidade da cláusula da reserva do possível para o caso relacionado à inserção deficientes auditivos que necessitavam de professores especializados em libras (ARE 860.979, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 14.04.2015).

49.3.3. Constitucionalidade dos arts. 28, § 1º, e 30, ambos do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Por maioria, o STF julgou improcedente a ADI 5.357, que impugnava o art. 28, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e também o seu art. 30. Assim, o Supremo considerou constitucionais as normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e proverem as medidas de adaptação necessárias sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas (ADI 5.357, rel. Min. Edson Fachin, Plenário, j. 09.06.2016).

49.3.4. Incorporação da Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988. A Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência não foi o único tratado internacional incorporado no ordenamento jurídico brasileiro pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, pois o seu Protocolo Facultativo também foi incorporado na ordem jurídica interna por aquele rito especial. Em razão disso, ambos os tratados mencionados possuem o *status* equivalente ao de emenda constitucional. Ainda sobre este ponto, lembramos ao leitor que, recentemente, o Tratado de Marraqueche também foi aprovado pelo rito do art. 5º, § 3º, da CF/1988, tendo sido depois internalizado por meio do Decreto de promulgação nº 9.522/2018. Finalmente, ressaltamos que os tratados aprovados pelo rito previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, compõem tanto o bloco de convencionalidade como o bloco de constitucionalidade. Assim, seus dispositivos podem ser utilizados como norma paramétrica para fins de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que os tratados internacionais aprovados pelo referido rito possuem natureza de emenda constitucional.

49.3.5. O Brasil e a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. No dia 27 de dezembro de 2012, o Brasil instituiu, por meio da Lei 12.76, a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, demonstrando mais uma vez a preocupação com os direitos humanos das pessoas com deficiência. Trata-se de mais uma lei inclusiva no Estado brasileiro que

busca conferir uma série de direitos às pessoas com espectro autista, além de eliminar a utilização pejorativa do termo “autista” por parte da mídia e da sociedade majoritária. Nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei 12.764/2014, “a pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais”.

50. Caso Mohamed vs. Argentina

Sentença de 23.11.2012

Exceção preliminar, mérito, reparações e custas

50.1. Resumo do caso

Os fatos do presente caso se iniciaram em março de 1992, quando o senhor Oscar Alberto Mohamed, que trabalhava como motorista de ônibus na cidade de Buenos Aires, atropelou uma senhora e provocou a sua morte. O senhor Mohamed foi processado pelo crime de homicídio culposo. Em agosto de 1994, a primeira instância do Poder Judiciário argentino absolveu Mohamed. Em fevereiro de 1995, porém, no julgamento de recurso de apelação interposto pela acusação, a segunda instância do Poder Judiciário argentino reformou aquela sentença e resolveu condenar Mohamed. O ordenamento jurídico nacional não previa nenhum recurso ordinário para recorrer da condenação proferida no segundo grau. O único recurso disponível era o recurso extraordinário, que foi interposto pela defesa de Mohamed, mas rechaçado pelo Judiciário argentino sob o argumento de que o recorrente se referia a questões de fato, de prova e de direito comum, as quais não podem ser debatidas na instância extraordinária, ou esta se transformaria numa “terceira instância ordinária”. O senhor Mohamed foi demitido do seu emprego de motorista de ônibus em razão da pena acessória de inabilitação para dirigir.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que a Argentina violou o direito ao recurso do senhor Mohamed (CADH, art. 8.2.h). No entanto, a Corte IDH absolveu o Estado da alegação dos representantes da vítima de violação do art. 8.4 da CADH (proibição de *bis in idem*), afirmando que não há que se falar em *novo processo* quando a acusação interpõe o recurso de apelação dentro do prazo legal, eis que o processo penal se desenvolve em *etapas*, sendo a *etapa recursal* apenas uma delas. Finalmente, a Corte IDH determinou que o Estado: a) adote as medidas necessárias para garantir ao senhor Mohamed o direito a recorrer da sentença condenatória, nos termos estabelecidos no art. 8.2.h da CADH; b) suspenda os efeitos da condenação até o julgamento do recurso a ser interposto pelo senhor Mohamed; e (c) pague as indenizações fixadas.

50.2. Pontos importantes

50.2.1. Atuação da Defensoria Pública Interamericana. O *Caso Mohamed* foi o segundo processo julgado pela Corte IDH em que houve a atuação da Defensoria Pública Interamericana (DPI). Para este caso, foram designados os defensores públicos interamericanos Gustavo Vitale, da Argentina, e Marcelo Torres, do Paraguai, e isso porque o advogado do senhor Mohamed faleceu durante o processamento da causa perante a CIDH. A qualidade do trabalho da DPI pode ser medida por meio da leitura de seus excelentes e bem fundamentados memoriais apresentados na Corte IDH em defesa do senhor Mohamed.

50.2.2. A garantia do duplo grau de jurisdição e a exigência de um recurso ordinário para discutir sentença condenatória de Tribunal que reforma sentença absolutória de primeira instância. A Corte IDH enfrentou um tema muito interessante no julgamento do *Caso Mohamed*, que diz respeito à exigência de um *recurso ordinário* – ou seja, que permita ampla discussão de fatos, de provas e de todas as questões jurídicas – quando o réu é absolvido na primeira instância, mas condenado no segundo grau. Antes de explicarmos o entendimento da Corte IDH, consideramos oportuno destacar que há divergência entre a CADH e a CEDH neste ponto. Vejamos. A CADH estabelece como *garantia mínima* de toda pessoa acusada de um delito “o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (art. 8.2.h), não colocando nem admitindo nenhuma condição ou limitação para o exercício desse direito. Diversamente, a CEDH prevê que “Este direito [ao recurso] pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição” (art. 2.2 do Protocolo nº 7 à CEDH). Assim, a CEDH admite que o direito ao recurso pode ser limitado quando o réu é condenado pela segunda instância na sequência de recurso contra a sua absolvição proferida pelo primeiro grau. Como não há, conforme vimos anteriormente, semelhante restrição na CADH, a Corte IDH entende que o direito ao recurso *nasce* com a condenação, de modo que “Resulta contrário ao propósito desse direito específico que não seja garantido frente a quem é condenado mediante uma sentença que revoga uma decisão absolutória” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 92). Nesse sentido, a Corte IDH ressaltou que o PIDCP contém uma redação que não deixa margem para dúvidas sobre o acerto da conclusão obtida no *Caso Mohamed*, já que expressamente estabelece que “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei” (art. 14.5). Logo, se a pessoa é *declarada culpada* somente a partir do julgamento de uma apelação, pelo órgão jurisdicional de segundo grau, *nasce* daí o seu direito ao recurso.

Importante compreender que, para a Corte IDH, o direito ao recurso a que se refere a CADH (art. 8.2.h) deve ser um *recurso ordinário*, que possa analisar questões fáticas, probatórias e jurídicas nas quais se baseia a sentença impugnada, já que “(...) existe uma interdependência entre as determinações fáticas e a aplicação do direito, de forma que uma equivocada determinação dos fatos implica uma equivocada ou indevida aplicação do direito” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 100).

50.2.3. *Bis in idem* e direito ao recurso pela acusação. A CADH estabelece que “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (art. 8.4). Para os defensores públicos interamericanos (DPIs) que representaram o senhor Mohamed, Gustavo Vitale e Marcelo Torres, o recurso contra uma sentença obtida num juízo regular, em que tenha sido observado o devido processo, somente tem natureza de direito do acusado, não podendo ser utilizado, portanto, pela acusação. O fundamento desta tese, nos dizeres dos DPIs, consiste em que a possibilidade de levar o acusado a um novo julgamento, fazendo-o assumir um novo risco de condenação (ou de uma condenação mais gravosa), viola o princípio segundo o qual

ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (*bis in idem*)¹⁴⁴. Esta tese apresentada pela DPI contou com a adesão dos *peritos* ouvidos pela Corte IDH, os juristas argentinos Alberto Binder e Julio Maier, que defendem a natureza *unilateral* do recurso de apelação no processo penal, entendimento este que se afigura amplamente minoritário na doutrina¹⁴⁵.

A Corte IDH, com quem estamos de acordo, rejeitou a tese da DPI e dos *peritos*, afirmando a *bilateralidade* do direito ao recurso no processo penal e ressaltando também que, entre os elementos que conformam o art. 8.4 da CADH para que seja caracterizado o *bis in idem*, se encontra a realização de um primeiro julgamento que resulte em sentença absolutória transitada em julgado. Logo, se a acusação interpõe o recurso tempestivamente, não há que se falar em *novo processo*. Além disso, a Corte IDH esclareceu que o processo penal se desenvolve em diversas *etapas*, sendo a *etapa recursal* apenas uma delas, longe de significar, repita-se, um novo processo (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 122).

50.3. Conexões com o Direito brasileiro

50.3.1. O duplo grau de jurisdição em ações penais originárias. O duplo grau de jurisdição, no sentido que lhe é atribuído pela CADH e pela Corte IDH, somente se concretiza quando o indivíduo tem a possibilidade de interpor um *recurso ordinário*, que lhe permita ampla discussão de fatos, de provas e de todas as questões jurídicas. Na configuração do sistema recursal brasileiro, indivíduos com foro por prerrogativa de função não possuem o direito ao duplo grau. Um prefeito, por exemplo, que é condenado em ação penal originária perante um Tribunal de Justiça, somente poderá interpor – além de embargos declaratórios e infringentes, que não satisfazem a garantia do *duplo grau* – REsp e RE, recursos de natureza *extraordinária* que não devolvem toda a matéria à apreciação do STJ ou do STF, respectivamente. Tem predominado na jurisprudência brasileira que o foro por prerrogativa de função seria um *bônus* (ser julgado por um órgão colegiado) que vem acompanhado de um *ônus* (perder o direito ao duplo grau). Conforme recentemente decidiu o STJ, “A jurisprudência dos tribunais superiores não reconhece incidência do direito ao duplo grau de jurisdição em julgamentos proferidos em ações penais de competência originária dos Tribunais. Tal compreensão não ressoa incongruente, na medida em que, se a prerrogativa de função tem o condão de qualificar o julgamento daquelas pessoas que ocupam cargos públicos relevantes (julgadas que são por magistrados com maior conhecimento técnico e experiência, em composição colegiada mais ampla), não

¹⁴⁴ Ver *Escrito de Solicitações, Argumentos e Provas* apresentado pela DPI, §§ 133 e 134. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/mohamed/esap.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2017.

¹⁴⁵ No Brasil, defende essa tese: PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. Em torno da jurisdição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42: “A questão agora é se o princípio de duplo grau de jurisdição, concebido na esteira das convenções internacionais, comporta esta ideia de bilateralidade? Para nós a noção mais afinada com as citadas convenções prestigia a ideia de unilateralidade dos recursos no processo penal, oferecendo-se o direito somente à Defesa”. Sobre o tema, ver ainda: DÍAS, Leandro A. La timidez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mohamed v. Argentina”. *Revista de Derecho Penal e Procesal Penal*, Buenos Aires, 2014, fasc. 3, p. 464-479.

haveria sentido exigir-se duplo grau de jurisdição, cuja essência, além da possibilidade de revisão da decisão proferida por órgão jurisdicional distinto, é exatamente a mesma que subjaz ao foro especial, qual seja, o exame do caso por magistrados de hierarquia funcional superior, em tese mais qualificados e experientes. Assim, como diz um velho brocardo jurídico, ‘aquele que usufrui do bônus, deve arcar com o ônus’” (EDcl no REsp 1.484.415, rel. min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 03.03.2016).

Consideramos totalmente equivocado o entendimento do STJ, que também é adotado pelo STF (AI 601.832 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. 17.03.2009), sendo mais um tema em que a jurisprudência brasileira se distancia da jurisprudência internacional. A nosso ver, a legislação brasileira deve ser alterada para que seja assegurado o direito ao duplo grau aos indivíduos condenados em julgamentos de ações penais originárias. Enquanto não for promovida esta reforma legislativa, uma solução alternativa consistiria em se admitir um *recurso inominado*, a ser julgado por juízes diversos dos que proferiram a condenação desafiada¹⁴⁶.

51. Caso Artavia Murillo e outros (“fecundação in vitro”) vs. Costa Rica

Sentença de 28.11.2012	<i>Exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 26.02.2016	<i>Supervisão de cumprimento de sentença</i>

51.1. Resumo do caso

Os fatos do presente caso se relacionam com a aprovação de um Decreto Executivo em fevereiro de 1995, emitido pelo Ministério da Saúde, por meio do qual se autorizava a prática da fecundação *in vitro* (FIV) para casais e regulava sua execução. Em abril de 1995, foi apresentada uma ação de inconstitucionalidade contra o Decreto Executivo. Em março de 2000, a Corte Suprema da Costa Rica julgou procedente a ação de inconstitucionalidade e anulou o Decreto Executivo, afirmando que havia tanto uma inconstitucionalidade formal, por violação do princípio da reserva legal, quanto material, por violação do direito à vida. Assim, a FIV foi praticada em Costa Rica entre os anos de 1995 a 2000. Nove casais apresentaram uma petição na CIDH devido a essa situação, informando sobre: a) as causas da infertilidade dos casais; b) os tratamentos aos quais recorreram para combater essa condição; c) as razões pelas quais se valeram da FIV; d) os casos em que se interrompeu o tratamento para realizar a FIV devido à decisão da Corte Suprema; e e) os casos em que viajaram para o exterior para realizar o procedimento.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que a Costa Rica, ao proibir a prática da FIV, violou os direitos das vítimas à integridade pessoal (CADH, art. 5.1), à liberdade pessoal (CADH, art. 7º), à vida privada (CADH, art. 11.2) e à proteção da família (CADH, art. 17.2), afirmando que por *concepção*, nos termos da CADH, deve se entender a implantação do óvulo fecundado no útero materno, e não a própria fecundação do óvulo.

¹⁴⁶ Neste sentido, ver: GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal...*, p. 349. A solução de se admitir um *recurso inominado* já foi apreciada e rejeitada pelo STF no julgamento do AI 601.832 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. 17.03.2009.

Finalmente, a Corte IDH determinou que o Estado deve adotar, com a maior celeridade possível, as medidas apropriadas para que fique sem efeito a proibição de praticar a fecundação *in vitro* e para que as pessoas que desejam fazer uso da técnica de reprodução assistida possam fazê-lo sem enfrentarem obstáculos que ensejaram a judicialização deste caso no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. A Corte IDH determinou, ainda, que o Estado disponibilize a FIV dentro dos seus programas e tratamentos de infertilidade, observando-se, assim, o dever de garantia a respeito do princípio da não discriminação. A Corte IDH também determinou que o Estado indenizasse as vítimas e lhes oferecesse tratamento psicológico.

51.2. Pontos importantes

51.2.1. Primeiro precedente da Corte IDH em que a fecundação *in vitro* foi analisada a partir dos direitos humanos. Conforme registra Flávia Piovesan, o *Caso Artavia* se destaca por ter sido o primeiro precedente da Corte IDH em que a temática da FIV foi analisada sob a ótica dos direitos humanos¹⁴⁷.

51.2.2. A decisão sobre ser pai ou mãe no sentido genético ou biológico e o direito à vida privada. Estabelece a CADH que “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” (art. 11.2). Para a Corte IDH, a maternidade consiste em parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres¹⁴⁸ e a decisão de ser pai ou mãe “(...) é parte do direito à vida privada e incluir, no presente caso, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 143). Assim, ressaltou a Corte IDH que no *Caso Artavia* há uma “(...) combinação particular de diferentes aspectos da vida privada, que se relacionam com o direito a fundar uma família, o direito à integridade física e mental, e especificamente os direitos reprodutivos das pessoas” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 144).

51.2.3. A proteção do direito à autonomia reprodutiva. A Corte IDH também afirmou no julgamento do *Caso Artavia* que o direito à vida privada se relaciona com a) a autonomia reprodutiva e com b) o acesso a serviços de saúde reprodutiva, o que inclui o direito de acessar a tecnologia médica necessária para exercer esse direito. Na sequência, lembrou a Corte que o direito à autonomia reprodutiva também está reconhecido no art. 16.e da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, segundo o qual as mulheres gozam do direito de “decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer esses direitos”. Para a Corte IDH, “Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade”, reiterando, então, que “(...) a proteção à vida privada inclui o respeito das decisões tanto de converter-se em mãe ou pai, incluindo a decisão do casal de

¹⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional...*, p. 215-216.

¹⁴⁸ Nesse sentido, ver também: *Caso Gelman vs. Uruguai*. Sentença de 24/02/2011. Mérito e reparações, § 97.

se converterem em pais genéticos” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 146).

51.2.4. Direito a gozar dos benefícios do progresso científico. Outro argumento invocado pela Corte IDH para reprovar a proibição da FIV pela Costa Rica foi o direito a gozar dos benefícios do progresso científico, que é reconhecido internacionalmente, tanto no sistema regional americano quanto no sistema universal de proteção dos direitos humanos. No interamericano, esse direito está previsto no art. 13 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que dispõe que “Toda pessoa tem o direito de tomar parte na vida cultural da coletividade, de gozar das artes e de desfrutar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas”, e no art. 14.1.b do Protocolo de São Salvador, que assegura o direito de toda pessoa a “Gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico”. No sistema global, esse direito está previsto no art. 15.b do PIDESC, que garante a toda pessoa “gozar dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações”, além de ter sido objeto de atenção da ONU por meio da Declaração sobre a utilização do progresso científico e tecnológico no interesse da paz e em benefício da humanidade, aprovada por sua Assembleia Geral em novembro de 1975. Assim, para a Corte IDH, “Do direito de acesso ao mais alto e efetivo progresso científico para o exercício da autonomia reprodutiva e a possibilidade de formar uma família se deriva o direito a acessar os melhores serviços de saúde em técnicas de assistência reprodutiva, e, em consequência, a proibição de restrições desproporcionais e desnecessárias de direito ou de fato para exercer as decisões reprodutivas que correspondam em cada pessoa” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 150).

51.2.5. A fecundação *in vitro* e a proteção do direito à vida pela CADH. Estabelece o art. 4.1 da CADH que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Discutiu-se no *Caso Artavia* se a FIV, ao resultar no *descarte* de embriões excedentários, viola o direito à vida. A Corte IDH iniciou ressaltando que a FIV transformou a discussão sobre o que se entendia pelo fenômeno da *concepção*, advertindo que a definição pensada pelos redatores da CADH certamente havia sido alterada, pois antes da FIV não se contemplava cientificamente a possibilidade de realizar fertilizações fora do corpo da mulher (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 179). Anotou a Corte que existem duas interpretações diferentes sobre o significado de *concepção*, sendo que a primeira corrente entende *concepção* como o momento do encontro ou da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, surgindo daí o zigoto, um organismo humano que propicia o desenvolvimento do embrião, enquanto que a segunda corrente entende *concepção* como o momento da implantação do óvulo fecundado no útero, que viabiliza a conexão do zigoto com o sistema circulatório materno e permite o desenvolvimento do embrião (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 180). Após algumas considerações técnicas a respeito do tema, a Corte IDH emitiu uma interpretação do art. 4.1 da CADH e entendeu que a *concepção* ocorre somente com a implantação do óvulo fecundado no útero, afirmando que, embora a fecundação do óvulo resulte numa célula com informação genética suficiente para o possível desenvolvimento de um ser humano, sem a implantação no útero materno as possibilidades vitais do embrião são nulas (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 186).

51.2.6. Reconhecimento de discriminação indireta e de impacto desproporcional às

vítimas em virtude da proibição da fertilização *in vitro*. A Corte IDH entendeu que a norma proibitiva da FIV violou o princípio da igualdade em concreto, pois ocasionaria um *impacto desproporcional* para um grupo determinado de pessoas (mulheres inférteis, casais sem condições financeiras para realizar a FIV no exterior etc.)¹⁴⁹. A Corte IDH também reconheceu a existência de uma *discriminação indireta*, conceito segundo o qual uma prática aparentemente neutra provoca repercussões particularmente negativas para uma pessoa ou para um grupo de pessoas com características determinadas. Para a Corte, “É possível que quem tenha estabelecido esta norma ou prática não seja consciente dessas consequências práticas e, em tal caso, a intenção de discriminar não é o essencial e procede uma inversão da carga da prova” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 286).

51.2.7. Situação atual da fertilização *in vitro* na Costa Rica. Em junho de 2015, o Presidente da Corte IDH convocou uma audiência pública para supervisionar o cumprimento da sentença e requereu informação atualizada à Costa Rica sobre os trâmites para a disponibilização da FIV aos cidadãos costarriquenses. A Costa Rica informou que editou um novo Decreto Executivo, em setembro de 2015, admitindo a realização da técnica de reprodução assistida por meio da FIV. No entanto, a Costa Rica também informou que novamente o Decreto foi impugnado por ação de inconstitucionalidade perante a Corte Suprema, que, mais uma vez, invocando o princípio da reserva legal, embora reconhecendo o esforço do Poder Executivo para cumprir a decisão da Corte IDH no *Caso Artavia*, declarou o Decreto Executivo inconstitucional em fevereiro de 2016.

Na decisão de supervisão de cumprimento da sentença, a Corte IDH ressaltou que a Costa Rica deve autorizar a FIV imediatamente, sem necessidade de um ato jurídico estatal (lei ou decreto) que reconheça essa possibilidade ou que regule a implementação da técnica (§ 26). Além disso, a Corte IDH outorgou *eficácia* ao Decreto Executivo, mantendo-o vigente até que o Poder Legislativo da Costa Rica regule a FIV segundo os parâmetros estabelecidos no *Caso Artavia* (§ 36). Indicativo de que o problema atualmente se encontra resolvido na Costa Rica é o fato de o país ter celebrado acordo de solução amistosa com as vítimas do *Caso Gomez Murillo e outros*, cuja homologação pela Corte IDH ocorreu em 29.11.2016.

51.3. Conexões com o Direito brasileiro

51.3.1. Constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Uma conexão muito importante do *Caso Artavia* com o Direito brasileiro é encontrada no julgamento da ADI 3.510 pelo STF (rel. min. Ayres Britto, Plenário, j. 29.05.2008), ocasião em que o Supremo considerou constitucional a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), assentando que a pesquisa com células-tronco embrionárias não viola o direito à vida.

52. Caso Mendoza e outros vs. Argentina

Sentença de 14.05.2013

Exceções preliminares, mérito e reparações

¹⁴⁹ Para um maior aprofundamento sobre a *teoria do impacto desproporcional*, remetemos o leitor para os comentários ao *Caso Yatama vs. Nicarágua*.

52.1. Resumo do caso

Entre 2002 e 2003, as vítimas do presente caso, uma por advogado e as demais pela Defensora Pública-Geral da Argentina, Stella Maris Martínez, apresentaram várias petições na CIDH a respeito da imposição da pena de prisão perpétua para menores de dezoito anos autores de determinados crimes. Considerando a semelhança entre as alegações de fato e de direito, a CIDH resolveu unir as referidas petições num só expediente, emitindo um *Relatório de Mérito* pelo qual concluiu que a Argentina violou direitos humanos reconhecidos na CADH. O Estado argentino desobedeceu às recomendações da CIDH, ensejando, então, a remessa do caso à Corte IDH.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado violou, entre outros, o direito reconhecido no art. 7.3 da CADH, considerando, portanto, que a prisão perpétua para menores de idade consiste em encarceramento arbitrário. A Corte assentou, então, que os Estados estão proibidos de aplicar a pena de prisão perpétua para menores de idade, já que essa sanção não observa os princípios da a) máxima brevidade, da b) delimitação temporal e da c) revisão periódica. Finalmente, a Corte IDH determinou que o Estado deve ajustar seu Direito interno em matéria de justiça penal juvenil, adequando-o aos parâmetros internacionais estabelecidos nesta decisão para proibir a aplicação da pena de prisão perpétua para menores de idade.

52.2. Pontos importantes

52.2.1. Princípio da proporcionalidade e vedação de pena perpétua para menores de idade. A Corte IDH ressaltou que, embora a CADH não estabeleça uma lista de medidas punitivas que os Estados podem impor aos menores de idade quando cometerem infrações penais, para a determinação das consequências jurídicas do delito cometido por um adolescente, vigora de maneira relevante o princípio da especialidade. Assim, para a Corte IDH, “(...) o princípio da proporcionalidade implica que qualquer resposta aos adolescentes que tenham cometido um ilícito penal será a todo momento ajustada às suas circunstâncias como menores de idade e ao delito, privilegiando sua reintegração à família e à sociedade” (Exceções preliminares, mérito e reparações, § 151). E prossegue a Corte IDH afirmando que a fixação de medidas ou penas privativas de liberdade de adolescentes obedece aos seguintes princípios: a) *de ultima ratio e de máxima brevidade*, princípio este acolhido expressamente pela Convenção sobre os Direitos da Criança, que no seu art. 37.b estabelece que os Estados zelarão para que “nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado”. Perceba-se, portanto, que a Corte IDH e a Convenção sobre os Direitos da Criança não limitam o princípio de *máxima brevidade* à prisão de natureza cautelar, reconhecendo a sua aplicação também na pena privativa de liberdade; b) o segundo princípio decorre do primeiro (da *máxima brevidade*) e consiste no princípio da *delimitação temporal* desde o momento da imposição da prisão, impedindo, então, a privação de liberdade de adolescentes cuja duração seja indeterminada; e c) *revisão periódica* das medidas de privação de liberdade, de modo que, nos dizeres da Corte, “(...) se as circunstâncias têm mudado e já não é necessária sua reclusão [do adolescente], é dever dos Estados colocar os menores de idade em liberdade, ainda quando não tenham cumprido a pena estabelecida em cada caso

concreto” (Exceções preliminares, mérito e reparações, § 162), razão pela qual, assevera a Corte IDH, os Estados devem estabelecer em sua legislação interna programas de *liberdade antecipada*. Por estas razões, concluiu a Corte IDH que, à luz do *interesse superior* da criança como princípio superior dirigido a garantir a máxima satisfação de seus direitos, “(...) a prisão e reclusão perpétuas de crianças são incompatíveis com o artigo 7.3 da Convenção Americana, pois não são sanções excepcionais, não implicam a privação da liberdade pelo menor tempo possível nem por um prazo determinado desde o momento de sua imposição, nem permitem a revisão periódica da necessidade da privação da liberdade das crianças”.

52.2.2. Incompatibilidade da pena de prisão perpétua com a CADH. Vimos anteriormente que a CADH dispõe expressamente sobre a pena de morte, convocando os Estados a proibirem a sua aplicação, conforme a *tendência mundial* de vedação da pena capital¹⁵⁰. No entanto, a Convenção Americana nada diz a respeito da pena de prisão perpétua, o que gera a dúvida, portanto, se a sua aplicação é ou não *convencional*. Vejamos. Estabelece o art. 5.6 da CADH que “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. Já analisamos o tema relativo à finalidade da pena na CADH quando comentamos o *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago* (tópico 21.2.2). Devemos apenas recordar, então, que a CADH adotou a *teoria da prevenção especial positiva da pena*, rechaçando, conseqüentemente, a *teoria retributiva*. Ora, se a pena deve ter por finalidade a *reforma* e a *readaptação social* dos condenados, podemos concluir que um dos seus requisitos seja a *temporalidade*, pois não faria sentido *reformular* e *readaptar* alguém que viverá para sempre no cárcere. Por isso, entendemos que a prisão perpétua não tem compatibilidade com a CADH. Embora se referindo exclusivamente aos menores de idade, a Corte IDH também chegou a essa conclusão, sendo que os argumentos nos parecem perfeitamente aplicáveis às pessoas adultas: “(...) em conformidade com o artigo 5.6 da Convenção Americana, o Tribunal considera que a prisão e reclusão perpétuas, por sua própria natureza, não cumprem com a finalidade da reintegração social das crianças. Ao contrário, este tipo de penas implicam a máxima exclusão da criança da sociedade, de tal maneira que operam num sentido meramente retributivo, pois as expectativas de ressocialização são totalmente anuladas. Portanto, estas penas não são proporcionais com a finalidade da sanção penal às crianças” (Exceções preliminares, mérito e reparações, § 166)¹⁵¹.

¹⁵⁰ Remetemos o leitor para nossos comentários ao *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*.

¹⁵¹ Neste sentido, também foi a conclusão do IBCCrim em seus memoriais apresentados na condição de *amicus curiae* no *Caso Mendoza*, p. 7-8: “No caso argentino, paradoxalmente, o país mantém, de um lado, a possibilidade de prisão perpétua para adolescentes infratores e, de outro lado, incorpora a Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece em seu artigo 5º, ap. 6, como finalidade essencial da pena privativa de liberdade, a reforma e a readaptação social do condenado. Há, pois, um contrassenso latente no ordenamento argentino, afinal permitir a privação de liberdade perpétua, especialmente no caso de adolescentes, além de ser extremamente cruel, atribui à pena viés puramente retributivo, impossibilitando a reinserção do indivíduo em seu meio social. Como resultado, estar-se-á condenando o sujeito à perda de sua juventude e liberdade sem expectativas do fim da punição, privando-lhe de quaisquer resquícios de cidadania. Amplo é o consenso sobre a circunstâncias de que a pena privativa de liberdade, quando de caráter perpétuo, configura-se como a expulsão permanente do indivíduo do grupo social. Não há, pois, finalidade de reintegração social, mas, sim, a ‘dessocialização’” (Os memoriais do IBCCrim foram assinados pela advogada Marta Cristina Cury Saad Gimenes e estão disponíveis em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/amicus_curiae/CIDH_n_12651_Prisao_perpetua_de_adolescentes.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016).

52.2.3. Prisão perpétua e o Estatuto de Roma. Vimos anteriormente, nos comentários ao *Caso Raxcacó*, que o Estatuto de Roma do TPI proíbe a aplicação da pena de morte. No entanto, o Estatuto admite a aplicação da pena de prisão perpétua “se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem” (art. 77.1.b).

52.2.4. Atuação da Defensoria Pública. Merece destaque o fato de que a representação de cinco vítimas deste caso foi feita pela Defensora Pública-Geral da Argentina, Stella Maris Martínez.

53. Caso *Mémoli vs. Argentina*

Sentença de 22.08.2013	<i>Exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 10.02.2017	<i>Supervisão de cumprimento da sentença</i>

53.1. Resumo do caso

O *Caso Memóli vs. Argentina* diz respeito à condenação penal do jornalista Pablo Mémoli em virtude de ele ter denunciado irregularidades praticadas pelo governo da cidade de San Andrés de Giles, cidade da província de Buenos Aires. Em razão da denúncia realizada pelo jornalista Pablo Mémoli, o Poder Judiciário do Estado argentino reconheceu a invalidade dos contratos de compra e venda de bens públicos, os quais voltaram para o acervo de bens da municipalidade. O sr. Mémoli e seu pai eram funcionários de um veículo de imprensa local. Desse modo, em razão da matéria jornalística publicada pelo sr. Mémoli e seu pai na imprensa escrita, os proprietários das empresas envolvidas com o comércio irregular de bens públicos ajuizaram ações penais contra o sr. Mémoli pela prática do delito de injúria. O Estado argentino embargou os bens do jornalista argentino e reconheceu a sua responsabilidade penal. Em virtude da condenação penal proferida pelo Estado argentino contra o sr. Mémoli, ele denunciou o caso à CIDH, sob o argumento de que tal decreto condenatório proferido pelo Poder Judiciário de seu país violaria o seu direito à liberdade de expressão. Após a infrutífera tentativa de solucionar a questão, a Comissão Interamericana denunciou o caso à Corte Interamericana.

Após o processamento do caso, por quatro votos a três, a Corte IDH absolveu o Estado argentino de qualquer violação ao art. 13 da CADH (direito à liberdade de expressão). A Corte também absolveu o Estado argentino das acusações de violação ao princípio da retroatividade e da legalidade.

53.2. Pontos importantes

53.2.1. A utilização do Direito Penal como efeito resfriador da liberdade de expressão e o retrocesso social causado pela Corte IDH no Caso Mémoli. O *Caso Mémoli vs. Argentina* é alvo de muitas críticas de toda a comunidade internacional, que, além de considerar o julgamento um “ponto fora da curva” na jurisprudência da Corte IDH, também o classifica como um evidente retrocesso no tratamento da liberdade de expressão, e isso porque a jurisprudência clássica da Corte Interamericana é no sentido de reconhecer a inconveniência da utilização de tipos penais como forma de inibir o direito à li-

berdade de expressão dos indivíduos¹⁵². Ao realizar o *distinguishing* para excepcionar a sua jurisprudência, a Corte IDH entendeu que o Caso *Mémoli* “(...) não se assemelha à situação do caso *Kimel vs. Argentina*, afinal, era suficientemente previsível que certas expressões e classificações usadas pelos senhores *Mémoli* (em que acusam os autores da denúncia como possíveis autores ou cúmplices de crimes, qualificá-los como ‘criminosos’, ‘sem escrúpulos’, ‘corrupto’ ou ‘manipuladores com artimanhas’, entre outros) poderiam levar a processos por alegada afetação à honra ou reputação dos autores da denúncia” (Exceções preliminares, mérito e reparações, § 137).

Trata-se de posição criticável e casuística de alguns juízes da Corte Interamericana, uma vez que, em casos similares, o tribunal interamericano adotou entendimento distinto. A posição da Corte IDH no *Caso Mémoli* gera um efeito resfriador (*chilling effect*) no direito à liberdade de expressão dos jornalistas, pois o entendimento consagrado no precedente gera um efeito de autocensura aos profissionais da imprensa no desempenho das suas atividades. Felizmente, a Corte IDH parece ter reconhecido o equívoco assentado no *Caso Mémoli*, já que seus últimos precedentes sinalizam pela impossibilidade de censurar penalmente os profissionais da imprensa pelo simples exercício da profissão.

53.3. Conexões com o Direito brasileiro

53.3.1. Responsabilidade civil por matéria jornalística e o ordenamento jurídico brasileiro. Embora a utilização de tipos penais para constranger os profissionais da imprensa não se compatibilize com os dispositivos da CADH, nada impede que os jornalistas sejam processados na seara cível nas hipóteses em incorrerem em abuso de direito ao desempenharem atos do ofício. Este é o entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹⁵³. Ainda sobre o tema, lembramos a existência da Súmula 221 do STJ: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

53.3.2. Competência para processar e julgar crime contra a honra praticado por meio

¹⁵² Este também é o entendimento da CIDH: “Para assegurar uma adequada defesa da liberdade de expressão, os Estados devem ajustar suas leis sobre difamação, injúria e calúnia de forma tal que só possam ser aplicadas sanções civis no caso de ofensas a funcionários públicos. Nestes casos, a responsabilidade, por ofensas contra funcionários públicos, só deveria incidir em casos de ‘má-fé’. A doutrina da ‘má-fé’ significa que o autor da informação em questão era consciente de que a mesma era falsa ou atuou com temerária despreocupação sobre a verdade ou a falsidade de esta informação. Estas ideias foram recolhidas pela CIDH ao aprovar os Princípios sobre Liberdade de Expressão, especificamente o Princípio 10. Este propõe a necessidade de revisar as leis que têm como objetivo proteger a honra das pessoas (comumente conhecidas como calúnia e injúria). O tipo de debate político, ao que dá lugar o direito à liberdade de expressão e informação, gerará, indubitavelmente, certos discursos críticos ou inclusive ofensivos para quem ocupa cargos públicos ou que está intimamente vinculado à formulação da política pública. As leis de calúnia e injúria são, em muitas ocasiões, leis que, em lugar de proteger a honra das pessoas, são utilizadas para atacar ou silenciar o discurso que se considera crítico da administração pública” (Estudos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=533&IID=4>).

¹⁵³ “Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial” (REsp 1.473.393, rel. min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 04.10.2016).

de publicação impressa de periódico. Segundo o entendimento do STJ, compete ao juízo de onde ocorreu a impressão do periódico processar e julgar crime contra a honra cometido por meio de publicação impressa em periódico. O STJ leva em consideração, para a fixação da competência, o critério do primeiro local onde as matérias produzidas chegaram ao conhecimento de outrem (CC 106.625, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª Seção, j. 12.05.2012).

54. Caso Comunidades Afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) vs. Colômbia

Sentença de 20.11.2013

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

54.1. Resumo do caso

O *Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica*, popularmente conhecido como *Caso da “Operação Gênesis”*, se refere às graves violações de direitos humanos ocorridas no período entre 24 e 27 de fevereiro de 1997, que resultaram na morte de Marino López Mena e no deslocamento forçado de quase 3.500 pessoas, a grande maioria pertencente às comunidades afrodescendentes que viviam às margens do rio Cacarica, situado na Colômbia. Os fatos ocorreram durante a “Operação Gênesis”, que foi uma operação militar realizada na zona do rio Cacarica com o objetivo de capturar membros do movimento de guerrilha Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). A operação foi realizada em conjunto por forças paramilitares e forças armadas colombianas. Durante a operação, além do deslocamento forçado de milhares de pessoas, sendo a grande maioria comunidades afrodescendentes que viviam no território afetado pela operação, também foram deslocados cerca de 530 agricultores que possuíam terras na região. Durante o deslocamento forçado da população afetada, um dos líderes comunitários, o sr. Marino López Mena, foi executado.

Após o processamento do caso, a Corte Interamericana condenou o Estado colombiano pelos seguintes motivos: a) a violação dos direitos à integridade pessoal e a não serem deslocados forçadamente de suas comunidades (art. 5.1 da CADH); b) a violação do direito à vida e à integridade pessoal do sr. Marino López Mena (art. 5.1 c/c art. 4.1 da CADH); c) a violação do direito à circulação e residência das comunidades afrodescendentes deslocadas, bem como do direito à integridade das crianças afrodescendentes deslocadas em razão da operação militar (art. 22.1 da CADH); d) a violação do direito à propriedade coletiva dos membros das comunidades deslocadas (art. 21 da CADH); e) a violação dos direitos e garantias judiciais das comunidades afrodescendentes envolvidas; e f) pela atuação insuficiente do Poder Judiciário colombiano, que ocasionou prejuízo aos familiares de Marino López Mena (art. 25.1 da CADH). Assim, o Estado colombiano foi obrigado a prestar assistência humanitária e a garantir o regresso das comunidades afrodescendentes deslocadas, em segurança, para suas povoações de origem (arts. 22 e 5º da CADH), bem como a pagar indenizações pelo uso efetivo da propriedade afrodescendente.

54.2. Pontos importantes

54.2.1. Utilização do termo “comunidade afrodescendente” pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Pela primeira vez desde o seu funcionamento, a Corte IDH utilizou o termo “comunidade afrodescendente” em vez de “comunidade tribal”. Em outros julgados, a Corte Interamericana fazia referência às comunidades negras como comunidades tribais, utilizando-se da mesma expressão para todas as outras comunidades que não pertenciam a etnias indígenas. É uma mudança de paradigma na jurisprudência da Corte¹⁵⁴.

54.2.2. Extensão dos direitos diferenciados dos povos indígenas para as comunidades afrodescendentes de maneira direta e imediata: implementação do conceito de propriedade coletiva diretamente para as comunidades afrodescendentes. Até o julgamento do *Caso “Operação Gênesis”*, a aplicação de direitos diferenciados aos povos indígenas era estendida aos mais diversos povos tribais (dentre eles, as comunidades afrodescendentes). Para que ocorresse essa extensão, a Corte IDH, por meio de uma interpretação teleológica e sistemática, equiparava as comunidades tribais às comunidades indígenas a fim de justificar a extensão dos direitos diferenciados das comunidades indígenas para as outras minorias tribais. Ocorre que, no *Caso Comunidades Afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica*, a Corte IDH aplicou diretamente os direitos diferenciados dos povos indígenas para as comunidades afrodescendentes, fazendo isso porque a própria lei colombiana reconhece direitos diferenciados para as comunidades negras, como a propriedade coletiva da terra ancestral que ocupam. Assim, a Corte IDH mudou seu entendimento jurisprudencial e passou a aplicar diretamente às comunidades tribais os direitos diferenciados dos povos indígenas, direitos esses conferidos na Convenção 169 da OIT¹⁵⁵. Ao reconhecer a propriedade coletiva pelas comunidades afrodescendentes,

¹⁵⁴ Para um aprofundamento sobre a diferença entre comunidade indígena e comunidade tribal, remetemos o leitor aos nossos comentários ao *Caso Povo Saramaka vs. Suriname*.

¹⁵⁵ Concordando com o posicionamento da Corte Interamericana, vejamos o entendimento de Edilson Vitorelli: “Assim, os quilombolas constituem, indubitavelmente, comunidades tradicionais. Por essa razão, a eles se aplicam todas as disposições da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, internalizada, com status de lei ordinária, pelo Decreto 5.051/04. Em seu artigo 1º, 1, ‘a’, a Convenção confirma esse diagnóstico, ao afirmar sua aplicação aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial. Dentre as principais normas que garantem direitos às comunidades quilombolas, destacam-se: (a) Direito a serem implementadas pelo Estado políticas que lhe garantam o acesso, em igualdade de condições, às oportunidades oferecidas à generalidade da população e à plena efetividade dos direitos sociais, sempre com respeito a suas peculiaridades culturais (art.2º); (b) Direito a serem consultados, mediante procedimentos apropriados, acerca das políticas públicas a serem aplicadas à comunidade. O procedimento da consulta deverá ser adequado às circunstâncias e realizado de boa-fé, de modo que os povos possam eleger suas próprias prioridades e caminhos de desenvolvimentos (art. 6º e 7º); (c) A aplicação da legislação comum às comunidades deve respeitar suas peculiaridades culturais, desde que não sejam incompatíveis com direitos fundamentais (art. 8º); (d) Direito à propriedade e à posse das terras que tradicionalmente ocupam (art. 14), inclusive em relação aos recursos naturais (art. 15); (e) Direito a não serem trasladados compulsoriamente das terras que ocupam, salvo casos absolutamente excepcionais (art. 16); e (f) Direito a serem contemplados em programas de reforma agrária (art. 19)” (VITORELLI, Edilson. *Estatuto da igualdade racial e comunidades quilombolas*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 247-248).

a Corte Interamericana se alinhou à legislação brasileira, que também reconhece a propriedade coletiva das comunidades quilombolas, conforme o art. 68 do ADCT.

54.2.3. Deslocamento forçado. Ao proferir sua decisão, a Corte IDH ressaltou que o deslocamento forçado viola normas de direito internacional humanitário, e isso porque, segundo as Convenções de Genebra que regulam o direito internacional humanitário, a população civil não pode ser alvo dos conflitos armados existentes na região. Por conseguinte, a propriedade dessa população deve ser protegida, o que não ocorreu no caso em análise. No tocante ao deslocamento forçado, é importante lembrar que o art. 16 da Convenção 169 da OIT prevê uma série de dispositivos que, como regra, impedem o deslocamento forçado das comunidades tradicionais. O mesmo artigo também confere o direito à indenização pelos danos ocorridos em virtude do deslocamento¹⁵⁶. Sobre o conceito de deslocamento forçado de pessoas, a Corte Interamericana elucida o seguinte: “se entende por deslocados internos as pessoas ou grupo de pessoas que tenham sido forçadas ou obrigadas a fugir ou deixar seu local de residência habitual, especialmente como resultado ou para evitar as consequências de um conflito armado, de situações de violência generalizada, de violações de direitos humanos (...) e que não tenham atravessado uma fronteira estatal internacionalmente reconhecida”¹⁵⁷.

54.2.4. Participação das vítimas do deslocamento forçado na tomada de decisões que dizem respeito ao retorno ao local de origem. Ainda sobre o deslocamento forçado de pessoas, a Corte Interamericana possui entendimento no sentido de que é uma obrigação do Estado garantir que as pessoas vítimas do deslocamento forçado participem das tomadas de decisões que envolvam o retorno ao seu local de origem, (Exceções..., § 220).

54.2.5. A prática do deslocamento forçado de pessoas viola a garantia do respeito ao núcleo familiar prevista na CADH. No julgamento do *Caso “Operação Gênesis”*, a Corte Interamericana também deixou consignado que “(...) o direito à proteção da família dos envolvidos, abrange, entre outras funções, a de favorecer, mais amplamente, o desenvolvimento do núcleo familiar. No presente caso, o Tribunal considera que há elementos de informação sobre as condições de superlotação, falta de privacidade dos indivíduos, e o envolvimento de estruturas familiares (par. 118). Dos acima mencionados é que, durante o período em que durou o deslocamento forçado das comunidades afrodescendentes deslocadas do Rio Cacarica, o Estado falhou em exarar medidas necessárias para a proteção adequada da integridade das famílias deslocadas, que foram fragmentadas e separadas” (Exceções preliminares, mérito e reparações, § 325).

54.3. Conexões com o Direito brasileiro

54.3.1. Quem pode ser considerado membro de uma comunidade quilombola? Segundo o Decreto 4.887/2003 e a Convenção 169 da OIT, cabe à própria comunidade quilombola

¹⁵⁶ Art. 16.5 da Convenção 169 da OIT (internalizada no Brasil pelo Decreto 5.051/2004): “Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas transladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento”.

¹⁵⁷ Corte IDH, *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentencia de 25.05.2010, § 140.

decidir quem é ou não quilombola. Assim, não compete à sociedade dominante, exterior àquela cultura, decidir quem é ou não quilombola, mas apenas ao indivíduo e ao grupo do qual ele afirma ser membro. Isso porque não há ninguém melhor do que os próprios membros da comunidade tradicional, já inseridos naquela cultura, para reconhecer seus semelhantes. É o chamado critério da autoatribuição de identidade, também chamado de autodefinição ou autorreconhecimento¹⁵⁸. Ainda sobre este ponto, importante lembrar que a data da abolição da escravatura não interessa ao Direito para definir quem é ou não membro de comunidade quilombola e tampouco para regular o direito de propriedade das comunidades quilombolas remanescentes. Sobre este ponto, o art. 2º do Decreto 4.887, de 2003, dispõe que “São considerados remanescentes das comunidades dos quilombos os grupos étnico-raciais que, além de assim se autodefinirem no âmbito da própria comunidade, contem com trajetória histórica própria, relações territoriais específicas e presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”.

54.3.2. Isenção do Imposto Territorial Rural (ITR). A Lei 13.043/2014 conferiu isenção do Imposto Territorial Rural (ITR) aos imóveis oficialmente reconhecidos como quilombos, ocupados e explorados pelos membros da comunidade quilombola. É importante observar que não há qualquer imunidade tributária neste caso, posto que esse benefício deriva de legislação infraconstitucional. Por outro lado, as terras indígenas se beneficiam da imunidade recíproca, tendo em vista que são bens de uso especial da União.

54.3.3. Propriedade quilombola e o artigo 68 do ADCT. Segundo o art. 68 do ADCT, “Aos remanescentes das comunidades dos quilombolas que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”. Assim, é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 reconheceu aos quilombolas a propriedade definitiva de suas terras. A propriedade quilombola é uma propriedade coletiva e o art. 68 do ADCT possui a natureza de direito fundamental.

55. Caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia

Sentença de 25.11.2013

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

55.1. Resumo do caso

O caso em análise diz respeito à expulsão sumária dos membros da família peruana

¹⁵⁸ Sobre o critério do autorreconhecimento, explica Daniel Sarmento: “É importante ressaltar que a autodefinição é um dos critérios adotados pelo Decreto 4.887/03, mas não o único. Trata-se de critério extremamente importante, na medida em que parte da correta premissa de que, na definição da identidade étnica, é essencial levar em conta as percepções dos próprios sujeitos que estão sendo identificados, sob pena de cancelarem leituras etnocêntricas ou essencialistas dos observadores externos provenientes de outra cultura, muitas vezes repletas de preconceito. A ideia básica, que pode ser reconduzida ao princípio da dignidade da pessoa humana, é de que na definição da identidade não há como ignorar a visão que o próprio sujeito de direito tem de si, sob pena de se perpetrarem sérias arbitrariedades e violências, concretas ou simbólicas” (SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. História tradicional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 302).

Pacheco Tineo de terras bolivianas, onde haviam ingressado de forma irregular, na qualidade de refugiados, em fevereiro de 2001, em razão de estarem sendo perseguidos pela ditadura do Governo Fujimori no Peru. Após adentrar no Estado boliviano, a família Pacheco Tineo se apresentou na imigração para pedir refúgio. Mesmo realizando o pedido de forma amigável e com todos os requisitos supostamente preenchidos para a concessão do *status* de refugiado aos membros da família peruana, eles foram expulsos sumariamente do território boliviano através de atos de violência, sem qualquer direito de notificação sobre a assistência consular, devido processo legal, proteção especial às crianças (*best interest of child*) e possibilidade de recorrer da decisão que negou o pleito. Ao regressarem ao território peruano, de onde haviam saído em 1995, em razão de dura perseguição política sofrida, o casal Rinaldo Juan Pacheco Osco e Fredesvinda Tineo Godos e seus filhos Frida Edith, Juana Guadalupe e Juan Ricardo Pacheco Tineo, os três menores de idade, acabaram presos. Após ser processada e absolvida, a família Pacheco Tineo denunciou o caso na CIDH. A Comissão constatou ter ocorrido uma série de violações aos direitos da família Pacheco, como às garantias judiciais de solicitar e receber asilo, à violação do princípio do *non-refoulement*, ao direito à integridade física e psíquica e moral dos membros da família e também à proteção especial às crianças. Como não houve solução amistosa entre as partes, o caso foi encaminhado à Corte Interamericana.

Após o processamento do caso, a Corte IDH declarou a Bolívia responsável internacionalmente por ter violado, principalmente: a) o direito de buscar e receber asilo de todos os membros da família Pacheco Tineo, consagrado no art. 22.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos; b) o direito de não ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas (violação do princípio do *non-refoulement*), consagrado no art. 22.8 da Convenção Americana de Direitos Humanos; c) o direito de proteção da família consagrado no art. 17 da Convenção Americana de Direitos Humanos; e d) o direito à proteção especial das crianças consagrado no art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em prejuízo de Frida Edith, Juana Guadalupe e Juan Ricardo Pacheco Tineo, todos menores de idade.

55.2. Pontos importantes

55.2.1. Primeira vez em que a Corte IDH analisa caso envolvendo o princípio do *non-refoulement*. Pela primeira vez, a Corte Interamericana analisou um caso envolvendo o princípio do *non-refoulement* (também conhecido como “princípio da não devolução” ou “princípio da proibição do rechaço”). O princípio do *non-refoulement* consiste em uma garantia do refugiado para que este não seja reenviado para um Estado onde possa estar sujeito a tratamento desumano e degradante, ou ainda a perseguição política. Neste caso, a Corte IDH considerou que o princípio do *non-refoulement* foi violado pelo Estado boliviano (Exceções preliminares, mérito e reparações, § 228)¹⁵⁹. Ainda sobre a proibição de rechaço,

¹⁵⁹ Embora a Corte Interamericana ainda não tenha se pronunciado sobre o tema, parte da doutrina já reconhece o ingresso do princípio do *non refoulement* no domínio do *jus cogens*. Nesse sentido, ver: PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do *non-refoulement*, sua natureza de *jus cogens*, e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://>

a Corte IDH considerou que “No sistema interamericano, o princípio do *non-refoulement* possui uma maior amplitude em virtude do caráter de complementaridade do Direito Internacional dos Refugiados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Deste modo, a proibição do rechaço (*non-refoulement*) deve ser compreendida como pedra angular da proteção internacional dos refugiados. Este princípio constitui igualmente uma norma consuetudinária de direito internacional e é reforçado no sistema interamericano para o reconhecimento do direito de buscar e receber asilo reconhecido nos tratados internacionais de direitos humanos aplicáveis no continente americano” (Exceções..., § 151). Além de estar previsto na Convenção Americana, o princípio do *non-refoulement* está previsto também no art. 7º, § 2º, da Lei 9.474/1997, diploma que regulamenta o instituto do refúgio no Brasil, no art. 8º da Convenção da ONU sobre Desaparecimento Forçado e no art. 33 da Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados¹⁶⁰.

55.2.2. Atuação da Defensoria Pública Interamericana. As vítimas do *Caso Família Pacheco Tineo* contaram com a assistência jurídica da Defensoria Pública Interamericana quando do processamento da demanda na Corte IDH. Atuou em favor das vítimas, pela primeira vez, um defensor público interamericano brasileiro (Roberto Tadeu, membro da Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso).

55.2.3. Utilização da acepção “asilo em sentido amplo” pela Corte IDH. O *Caso Família Pacheco Tineo* gira em torno do pedido de refúgio dos integrantes da família em território boliviano. No entanto, na sentença, a Corte IDH utilizou o termo *asilo em sentido amplo*, que engloba o asilo territorial, diplomático, militar e o próprio refúgio.

55.2.4. Possibilidade de submeter ao crivo dos tribunais internacionais a concessão ou denegação dos institutos do asilo e refúgio. Com a internacionalização dos direitos humanos, o asilo e o refúgio se tornaram verdadeiros institutos garantidores de direitos humanos. Assim, quebra-se o paradigma de que os institutos não podem ser apreciados na ordem internacional. Nesse sentido, a lição de André de Carvalho Ramos: “Sob a ótica dos direitos humanos internacionais, o asilo é hoje uma garantia internacional de direitos humanos, que consta da Declaração Universal de Direitos Humanos (artigo XIV) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 22.3). Logo, tanto a concessão quanto a

www.corteidh.or.cr/tablas/r28151.pdf; ALLAIN, Jean. The jus cogens Nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*. Oxford Journals. Disponível em: <<http://ijrl.oxfordjournals.org/content/13/4/533.full.pdf>>.

¹⁶⁰ Além da clássica concepção do *non-refoulement* conhecida e estudada por toda doutrina, o princípio da proibição do rechaço possui também uma vertente indireta. O princípio do *non-refoulement* indireto (ou “por ricochete”) – ainda pouco abordado pela doutrina brasileira, mas muito caro à doutrina europeia – consiste na proibição de enviar o refugiado ou o requerente de asilo para um país a partir do qual possa ser reenviado para um terceiro Estado onde possa vir a sofrer determinado tipo de perseguição ou ainda risco de violação de sua vida ou liberdade. O desrespeito do princípio do *non-refoulement* indireto gera a responsabilidade de ambos os Estados envolvidos no ciclo de envios do indivíduo. Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), a vertente indireta do princípio da proibição do rechaço estaria contida implicitamente dentro do art. 33 da Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. O princípio do *non-refoulement* indireto também é chamado de *indirect-refoulement* ou, ainda, *chain refoulement*. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o caráter indireto do princípio do *non-refoulement* no *Caso Família Pacheco Tineo* (Exceções preliminares, mérito e reparações, § 153).

denegação do asilo são passíveis de controle, não sendo mais livre o Estado. Por exemplo, o Brasil, após a Convenção Americana de Direitos Humanos (1992) e reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH, em 1998), não poderá mais conceder ou denegar asilo sem temer a vigilância internacional dos direitos humanos e eventual sentença condenatória vinculante da Corte IDH¹⁶¹.

55.3. Conexões com o Direito brasileiro

55.3.1. Ordenamento jurídico brasileiro e o não reconhecimento do refúgio ambiental.

O Estado brasileiro não reconhece o *status* de refugiado para aqueles indivíduos que são obrigados a deixar o local onde vivem em virtude de alterações do ambiente no local onde habitam. Geralmente, os refugiados ambientais (também chamados de desalojados ambientais ou refugiados climáticos) deixam o local onde vivem em virtude da ocorrência de catástrofes ambientais como furacões, terremotos, tsunamis etc. Embora a questão dos refugiados climáticos seja um problema global que assola diversas nações, o Brasil ainda não flexibilizou sua legislação para que se permita conceder o *status* de refugiado às pessoas submetidas a essa situação¹⁶².

55.3.2. A impossibilidade de se reconhecer a miséria como motivo para concessão de refúgio. Infelizmente, o Estado brasileiro ainda não reconhece a miséria como grave violação de direitos humanos para fins de concessão de refúgio. Não há nenhuma previsão na Lei 9.474/1997 (diploma que regula o tema no Brasil) sobre essa especificidade. Assim, não são verdadeiras as informações propagadas pela mídia de que todos os haitianos que chegaram ao Brasil estariam na condição de refugiados. É evidente que um ou outro caso pode ser tratado como refúgio se preenchidos os requisitos elencados pela lei supracitada e pelos tratados internacionais acerca do tema. No entanto, a grande maioria dos haitianos que estão no Brasil em busca de uma melhor qualidade de vida recebeu do Estado brasileiro um visto humanitário ou um visto provisório de trabalho (situações que não podem ser confundidas com o instituto do refúgio).

55.3.3. O reconhecimento do refúgio decorrente de situações privadas. Já há casos nos EUA e até mesmo na América Central envolvendo a concessão de refúgio em virtude de perseguições proferidas por particulares. Esta é uma situação um tanto quanto peculiar, já que estamos acostumados a pensar nos institutos de direito ao acolhimento (asilo e refúgio) como proteção do indivíduo perante o Estado. No entanto, é possível a invocação do refúgio em uma relação de particular *versus* particular. O próprio CONARE

¹⁶¹ RAMOS, André de Carvalho. *Asilo e refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas*, p. 24. Artigo disponibilizado no site do autor: <www.academia.edu/andredecarvalhoramos>.

¹⁶² Sobre o não reconhecimento do instituto do refúgio ambiental pelo Estado brasileiro, vejamos a lição de Frederico Amado: “É crescente em todo o Planeta Terra o número de pessoas que são forçadas a emigrar das zonas que habitam em razão de alterações do ambiente, dentro do seu país, ou mesmo para outro, sendo chamados de refugiados ambientais ou climáticos. As secas, a escassez de alimentos, a desertificação, a elevação do nível de mares e rios, a alteração de ventos climáticos e o desmatamento são apenas alguns fatores ambientais que vêm gerando a migração de povos em todo o mundo em busca de melhores condições de vida ou mesmo para sobreviver” (AMADO, Frederico. *Direito ambiental esquematizado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 3).

reconhece tal possibilidade no Brasil¹⁶³.

60.3.4. A condição de refugiado como óbice para a expulsão de estrangeiro. Segundo o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, a expulsão de estrangeiro que ostente a condição de refugiado não pode ocorrer sem a regular perda dessa condição. Portanto, ainda que o refugiado seja condenado com trânsito em julgado pela prática de crime grave, antes de ele ser expulso, deverá ser instaurado um procedimento à luz do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, para se decretar a perda da condição de refugiado, nos termos do art. 39, III, da Lei 9.474/1997¹⁶⁴.

56. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname

Sentença de 30.01.2014

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

56.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a investigação e processo penal seguidos contra o senhor Liakat Ali Alibux, sociólogo, nascido em 1948, ex-Ministro de Recursos Naturais (1996 a 2000) e ex-Ministro de Finanças (1999 a 2000) de Suriname, tendo em conta que, quando ocupava o cargo de Ministro de Finanças, realizou a compra de um imóvel no valor de US\$ 900.000,00 (novecentos mil dólares) para o Ministério do Desenvolvimento Regional, fato que foi objeto de investigação preliminar pela qual se apurou que o senhor Alibux havia praticado o crime de falsificação para conseguir a aprovação da compra daquele imóvel, o que teria feito para beneficiar a si ou a outra pessoa. Em 2001, foi aprovada a Lei sobre Acusação de Funcionários com Cargos Políticos (LAFCP) com o propósito de regular um dispositivo da Constituição do Estado do Suriname para que políticos pudessem ser processados por crimes cometidos no exercício das suas respectivas funções. De acordo com a LAFCP, o senhor Liakat foi processado e julgado pela mais alta corte

¹⁶³ Sobre o reconhecimento do refúgio nas situações em estudo, a lição de André de Carvalho Ramos: "Outro ponto que merece destaque é a possibilidade do reconhecimento do estatuto de refugiado aos perseguidos por agentes privados. Inicialmente, resta claro que a Convenção sobre Refugiados e o Protocolo de 1967 objetivavam, basicamente, a proteção dos indivíduos contra a perseguição ou temor de perseguição por parte do Estado de origem ou de residência. Entretanto, não há nesses diplomas normativos internacionais uma expressa vedação à caracterização do estatuto de refugiado caso o autor da perseguição seja agente privado. Os casos envolvendo mulheres e crianças acarretam a reflexão sobre a necessidade de estender a proteção aos refugiados perseguidos por agentes privados. De fato, na perspectiva de gênero e de idade, as mulheres e crianças são mais sujeitas às perseguições de agentes privados, incluindo pais, maridos, parentes, exploradores do trabalho infantil ou da prostituição feminina. (...) No caso brasileiro, em face da notória crise de segurança pública e também do sistema de justiça e penitenciário, é clara a possibilidade de brasileiros obterem refúgio em outros países, alegando perseguição por particulares (crime organizado, esquadrão da morte, traficantes etc.) e falta de estrutura do Estado para protegê-los. Portanto, caso seja demonstrado o justo temor do solicitante de ser perseguido, por exemplo, por sua orientação sexual, e que as autoridades públicas não conseguem punir os agressores ou impedir novas perseguições, é evidente que fica demonstrada a impossibilidade de retorno ao Estado de origem, base da concessão do refúgio" (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 94-95).

¹⁶⁴ STJ, HC 333.902, rel. min. Humberto Martins, 1ª Seção, j. 14.10.2015.

de justiça do país, tendo sido condenado a um ano de detenção e a três anos de inabilitação para exercer cargo político. Na data da condenação, a LAFCP não previa nenhum recurso contra a sentença condenatória. Em 2007, a LAFCP foi alterada para permitir um recurso de apelação, dispondo que o primeiro julgamento seria realizado por uma *turma* de três juízes da Alta Corte de Justiça e o recurso seria julgado por uma *turma* composta por cinco a nove juízes do mesmo órgão. Essa reforma da LAFCP estabeleceu um prazo de três meses para que todas as pessoas que haviam sido condenadas anteriormente pudessem interpor o recurso de apelação. O senhor Liakat não interpôs esse recurso.

A Corte IDH iniciou o julgamento rejeitando a preliminar arguida pelo Estado de não esgotamento dos recursos internos. O Estado alegava que o senhor Liakat não teria utilizado o recurso de apelação criado em 2007. A Corte IDH, porém, concluiu que no momento da imposição da condenação não existia aquele recurso, ressaltando, ainda, que essa preliminar não foi alegada no momento processualmente oportuno, ou seja, no procedimento perante a CIDH. No mérito, a Corte IDH rejeitou o argumento da CIDH e dos representantes da vítima de que teria havido violação do princípio da irretroatividade da norma penal mais grave, ressaltando se tratar de inovação legal procedimental, de modo que não incidiria o art. 9º da CADH. Ainda no mérito, em virtude de o senhor Liakat ter sido julgado em primeira e última instância pelo tribunal máximo do seu país, sem direito ao recurso, a Corte IDH declarou que o Suriname violou o direito ao duplo grau (CADH, art. 8.2.h).

56.2. Pontos importantes

56.2.1. Princípio da irretroatividade da norma penal mais grave e leis processuais.

A CADH estabelece que “Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se” (art. 9º). Temos neste preceito convencional a previsão dos princípios da legalidade, da retroatividade da norma penal benigna e da irretroatividade da norma penal mais grave. No julgamento do *Caso Liakat*, a Corte IDH se deparou com o seguinte argumento da CIDH e dos representantes da vítima: embora a Constituição de Suriname previsse a possibilidade de se processar políticos criminalmente e a legislação ordinária tipificasse as condutas, não havia um procedimento para se concretizar essa tutela penal, o que acarretava a impunidade dos políticos por crimes cometidos no exercício de suas respectivas funções. Assim, para a CIDH e os representantes da vítima, o fato de a lei que disciplinou o procedimento para processar criminalmente e punir políticos ter sido editada após o cometimento do crime pelo senhor Liakat deveria ensejar a sua irretroatividade. No entanto, a Corte IDH rejeitou esse argumento, registrando, primeiro, que no continente americano há uma tendência pela aplicação imediata das normas processuais penais, ou seja, “(...) a norma processual se aplica a partir do momento que entrar em vigor (...)” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 67). Na sequência, a Corte Interamericana esclareceu que “(...) considera que a aplicação de normas que regulam o procedimento de maneira imediata não viola o artigo 9º convencional, devido a que se toma em referência o momento em que

tem lugar o ato processual e não aquele da comissão do ilícito penal, diferente, portanto, das normas que estabelecem delitos e penas (substantivas), onde o padrão de aplicação é justamente o momento da comissão do delito”, também afirmando que “(...) os atos que conformam o procedimento se esgotam de acordo com a etapa processual em que vão se originando e se regem pela norma vigente que os regula”, e concluindo que, “Em virtude disso, e ao ser o processo uma sequência jurídica em constante movimento, a aplicação de uma norma que regula o procedimento com posterioridade à comissão de um suposto fato delitivo não viola, por si só, o princípio da legalidade” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 69).

56.2.2. Duplo grau de jurisdição e direito ao recurso nos julgamentos pela instância judicial máxima do país. Já abordamos este tema anteriormente nos comentários ao *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, razão pela qual não seremos repetitivos aqui. Parece-nos importante apenas ressaltar que a Corte IDH reiterou o seu entendimento de que o fato de o acusado ser julgado pelo tribunal máximo do seu país não dispensa a obrigação do Estado de lhe assegurar o duplo grau e o direito ao recurso.

56.2.3. Criação de um Tribunal Constitucional. Interessante anotar que a CIDH e os representantes da vítima alegaram que o art. 25 da CADH (direito à proteção judicial) teria sido violado pelo fato de não existir em Suriname um “Tribunal Constitucional”, já que a Alta Corte de Justiça afirmou não dispor de competência para revisar determinados atos praticados pela Assembleia Nacional (Poder Legislativo). A Corte IDH, porém, decidiu que, embora não se discuta a importância da existência de um Tribunal Constitucional como protetor dos mandamentos constitucionais e dos direitos fundamentais, “(...) a Convenção Americana não impõe um modelo específico para realizar um controle de convencionalidade”, ressaltando que “(...) a obrigação de exercer um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana compete a todos os órgãos do Estado, inclusive juízes e demais órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 124).

56.3. Conexões com o Direito brasileiro

56.3.1. Aplicação da norma processual penal no tempo segundo o ordenamento jurídico brasileiro. O Brasil segue a regra do *tempus regit actum*, dispondo o art. 2º do CPP que “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Interessante observar que a Corte IDH, no julgamento do *Caso Liakat*, citou um precedente do STJ para reforçar o entendimento de que na região se segue o princípio da aplicação imediata das normas processuais penais, qual seja, o AgRg no REsp 1.288.971 (*Caso Nardoni*), em que se decidiu pela retroatividade da Lei 11.689/2008 aos crimes que foram praticados anteriormente a ela, mas que ainda se encontravam em fase de processamento, no que diz respeito à revogação do recurso *protesto por novo júri*.

57. Caso Brewer Carías vs. Venezuela

57.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a mobilização social ocorrida entre os anos de 2001 e 2002 na Venezuela contra diversas políticas do então Presidente Hugo Chávez, o que veio a ocasionar uma tentativa frustrada de golpe militar comandada por Pedro Carmona Estanga, com o qual o senhor Brewer Carías, jurista especializado em Direito Constitucional e membro da Assembleia Constituinte de 1999, foi denunciado pelo Ministério Público em 2005, após três anos de investigação, sob a suspeita de ter auxiliado Carmona na redação do denominado “Decreto Carmona”, cuja finalidade seria convalidar os atos do movimento golpista, conduta que estaria tipificada como crime de “conspiração para mudar violentamente a Constituição”, conforme o art. 144.2 do Código Penal venezuelano vigente no momento dos fatos. O senhor Brewer Carías negou qualquer participação no auxílio da confecção do “Decreto Carmona”. Brewer Carías foi citado em janeiro de 2005, quando a sua defesa passou a questionar diversas nulidades no processo. Em setembro de 2005, Brewer Carías viajou para fora do país e a sua defesa informou ao Poder Judiciário que o acusado somente retornaria quando se apresentassem as condições idôneas para obter um julgamento imparcial e com respeito de suas garantias judiciais. Em outubro de 2005, a defesa de Brewer Carías apresentou em juízo uma “solicitação de nulidade” de todo o procedimento adotado pelo Ministério Público, a quem atribuiu parcialidade na condução do caso. No mesmo mês, tal pleito foi indeferido, decisão contra a qual a defesa interpôs apelação. Para o que interessa a essa ocasião de resumo do caso, importa dizer que, após diversos requerimentos da defesa pela produção de prova e adiamento da audiência, o Poder Judiciário venezuelano decretou a prisão preventiva de Brewer Carías em junho de 2006, decidindo, ainda, que a “solicitação de nulidade” apresentada pela defesa somente poderia ser apreciada diante da presença do acusado em audiência preliminar.

No procedimento perante a CIDH, o Estado venezuelano arguiu exceção preliminar de falta de esgotamento dos recursos internos, ratificando esta objeção perante a Corte IDH. Para a Venezuela, os recursos internos não foram esgotados, pois o processo penal movido contra o senhor Brewer Carías ainda não havia sido concluído, existindo etapas nas quais se poderiam discutir as irregularidades alegadas a partir de recursos específicos previstos no Código de Processo Penal venezuelano. Viu-se a Corte, então, diante de um caso com características peculiares, já que: (I) o processo contra Brewer Carías ainda se encontrava em “etapa intermediária”; e (II) o principal obstáculo para que o processo avance é a ausência do acusado, razão pela qual, nos dizeres da Corte IDH, estando pendente a *audiência preliminar* e pelo menos uma decisão de mérito da primeira instância, “(...) não é possível passar a pronunciar-se sobre a alegada violação das garantias judiciais, devido a que não há certeza sobre como continuaria o processo e se muitos dos fatos alegados poderiam ser analisados e resolvidos a nível interno” (Exceções preliminares, § 88). A Corte considera, ainda, que “(...) não é possível analisar o impacto negativo que uma decisão passa a ter se ocorre em etapas iniciais, quando estas decisões podem ser analisadas e corrigidas por meio dos recursos ou ações que se estipulem no ordenamento jurídico” (Exceções preliminares, § 96). A respeito da necessidade de o acusado estar presente na audiência para que o seu requerimento de nulidade seja apreciado, a Corte considerou que “(...) em muitos sistemas processuais a presença do acusado é um requisito essencial para o desenvolvimento legal e regular do processo. A própria Convenção acolhe a exi-

gência. A este respeito, o art. 7.5 da Convenção estabelece que a 'liberdade poderá estar condicionada a garantias que assegurem seu comparecimento ante o juízo', de maneira que os Estados se encontram facultados a estabelecer leis internas para garantir o comparecimento do acusado" (Exceções preliminares, § 134). E finaliza a Corte, portanto, acolhendo a exceção preliminar, levando em conta que "(...) no presente caso não foram esgotados os recursos idôneos e efetivos, e que não procediam as exceções ao requisito do prévio esgotamento dos recursos internos" (Exceções preliminares, § 144), deixando, consequentemente, de continuar com a análise do mérito.

57.2. Pontos importantes

57.2.1. Primeira vez que a Corte IDH acolhe a exceção preliminar de ausência de esgotamento dos recursos internos. A CADH estabelece como um dos requisitos para que uma petição seja admitida pela CIDH o esgotamento dos recursos da jurisdição interna (art. 46.a). O julgamento do *Caso Brewer Carías* foi concluído por quatro votos a dois, ficando vencidos os juízes Manuel E. Ventura Robles e Eduardo Ferreira Mac-Gregor Poisot, que apresentaram voto conjunto dissidente, observando com preocupação o fato de esse caso representar a primeira vez que a Corte IDH não conhece o mérito do litígio por considerar procedente a exceção preliminar de ausência de esgotamento dos recursos internos. Os juízes Robles e Mac-Gregor registraram no voto dissidente que somente em três ocasiões anteriores, nos mais de 26 anos de jurisdição contenciosa, a Corte IDH deixou de apreciar o mérito por conta do acolhimento de exceções preliminares: a) a primeira pela caducidade do prazo para apresentação da demanda pela CIDH (*Caso Cayara vs. Peru*, em 1993). Segundo dispõe o art. 51.1 da CADH, a CIDH tem o prazo de três meses, contado a partir da remessa aos Estados interessados no relatório, para declarar o caso como solucionado ou submetê-lo à Corte IDH; b) a segunda por desistência da denúncia apresentada pela CIDH (*Caso Maqueda vs. Argentina*, em 1995). A desistência da denúncia é permitida pelo art. 61 do Regulamento da Corte IDH, que prevê que "Quando quem fez a apresentação do caso notificar a Corte de sua desistência, esta decidirá, ouvida a opinião de todos os intervenientes no processo, sobre sua procedência e seus efeitos jurídicos"; e c) a terceira por falta de competência *ratione temporis* da Corte IDH (*Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México*, em 2004). Conforme prevê a CADH, a Corte IDH somente pode conhecer de casos que tenham ocorrido posteriormente à aceitação de sua jurisdição contenciosa pelos Estados-Partes (art. 62). Dessa forma, somados, temos hoje quatro casos em que a Corte IDH, por alguma razão, não adentrou no mérito da demanda, sendo que o *Caso Brewer Carías* consiste no primeiro precedente em que a Corte acolheu a exceção preliminar de não esgotamento dos recursos internos.

57.2.2. Um precedente perigoso. Para os juízes Robles e Mac-Gregor, vencidos no julgamento do *Caso Brewer Carías*, a decisão da Corte IDH constitui "(...) um perigoso precedente para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos em sua integridade em detrimento do direito de acesso à justiça e à pessoa humana" (§ 2º). Robles e Mac-Gregor ressaltaram, também, o especial interesse que este caso havia despertado na sociedade civil, tendo a Corte IDH recebido trinta e três petições de ingressos como *amicus curiae*, provenientes de juristas internacionalmente reconhecidos, instituições, associações não governamentais etc., que demonstraram interesse em diversos temas relativos ao

litígio, mas especialmente pelo respeito às garantias judiciais, ao devido processo, à independência judicial, à provisoriedade dos juízes e ao exercício da advocacia. Destacaram os juízes Robles e Mac-Gregor, por fim, que “(...) todos os amici curiae resultaram coincidentes em assinalar distintas violações aos direitos convencionais do senhor Brewer Carías” (§ 3º). Assim, percebe-se que, para os *amici curiae* e para os juízes vencidos no julgamento do *Caso Brewer Carías*, a Corte IDH se equivocou porque os recursos internos se afiguravam *ilusórios*, já que a estrutura judiciária e política da Venezuela não oferecia as condições para um julgamento justo, o que deveria ensejar uma relativização daquele requisito.

57.2.3. Teoria da etapa intermediária. O *Caso Brewer Carías* se destaca, ainda, pela criação da denominada *teoria da etapa intermediária*, duramente criticada pelos juízes vencidos no julgamento (Robles e Mac-Gregor): “Aceitar que nas ‘etapas intermediárias’ do procedimento não se pode determinar alguma violação (porque eventualmente possam ser corrigidas em etapas posteriores) cria um precedente que implicaria graduar a gravidade das violações atendendo à etapa do procedimento na qual se encontre” (§ 56). Embora compartilhemos da preocupação dos juízes Robles e Mac-Gregor a respeito das consequências deste precedente, não nos parece que a Corte IDH tenha decidido que não se pode reconhecer violação de direitos humanos em *etapas intermediárias* do processo penal, ou seja, antes do seu encerramento, para se apurar se as irregularidades foram sanadas. O que a Corte IDH decidiu, a nosso ver, é que se tivesse havido alguma violação ao devido processo, esta somente poderia ser apreciada se a vítima houvesse esgotado os recursos internos, os quais, porém, condicionavam a decisão sobre a “solicitação de nulidade” ao comparecimento do réu em juízo.

57.2.4. A presença do acusado em juízo como condição para que fique em liberdade. Estabelece o art. 7.5 da CADH que “Sua liberdade [da pessoa presa] pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. Para a Corte IDH, “(...) em muitos sistemas processuais a presença do acusado é um requisito essencial para o desenvolvimento legal e regular do processo”, ressaltando, ainda, que “A própria Convenção acolhe a exigência” (Exceções preliminares, § 134). Assim, a Corte IDH entendeu como legítima a decretação da prisão preventiva do senhor Brewer Carías para que ele retornasse à Venezuela para ser processado. No entanto, para os juízes vencidos Robles e Mac-Gregor, “Pretender que o Senhor Brewer Carías regressasse a seu país para perder sua liberdade e, nestas condições, defender-se pessoalmente em juízo, constitui um argumento incongruente e restritivo do direito de acesso à justiça” (§ 116).

58. Caso Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile

Sentença de 29.05.2014

Mérito, reparações e custas

58.1. Resumo do caso

Norín Catrimán e as demais vítimas neste caso são chilenos, sendo que sete delas são ou eram na época dos fatos autoridades tradicionais do Povo Indígena Mapuche

e uma outra vítima era ativista pela reivindicação dos direitos do mencionado Povo Indígena. Todos foram processados e condenados criminalmente por fatos ocorridos nos anos de 2001 e 2002, relativos a incêndio de prédio florestal, ameaça de incêndio e queima de um caminhão de empresa privada, sem afetar a integridade física nem a vida de ninguém. A qualificação jurídica atribuída à conduta deles foi a de “atos terroristas”, razão pela qual se lhes aplicou a Lei chilena 18.314, conhecida como “Lei Antiterrorismo”. A época dos fatos foi marcada por existir no Sul do Chile uma situação social de numerosas manifestações e protestos sociais por parte dos membros do Povo Indígena Mapuche, que reivindicavam basicamente a recuperação de seus territórios ancestrais e o respeito do uso e gozo das suas terras e seus recursos naturais.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que a aplicação da presunção de *intenção terrorista* contra as vítimas violou o princípio da legalidade e a garantia da presunção de inocência, previstos, respectivamente, nos arts. 9º e 8.2 da CADH. A Corte IDH também concluiu que o Estado chileno violou outras diversas garantias da CADH, tais como o direito a recorrer a um tribunal superior, o direito à liberdade pessoal, o direito à liberdade de expressão e o direito à proteção da família.

58.2. Pontos importantes

58.2.1. Princípio da legalidade e tipificação do crime de terrorismo. A CADH regula o *princípio da legalidade* em seu art. 9º, estabelecendo que “Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se”. Já vimos anteriormente, nos comentários ao *Caso Castillo Petruzzi*, que, embora o *princípio da máxima taxatividade legal* não esteja expressamente previsto no art. 9º da CADH, a Corte IDH tem entendido pela sua violação quando a lei penal incriminadora não seja clara e taxativa na descrição do tipo penal.

No julgamento do *Caso Norín Catrimán*, a Corte IDH ressaltou que, “Tratando-se de delitos de caráter terrorista, o princípio da legalidade impõe uma necessária distinção entre estes delitos e os tipos penais ordinários, de forma que tanto cada pessoa como o juiz penal contem com suficientes elementos jurídicos para prever se uma conduta é sancionada sob um ou outro tipo penal” (Mérito, reparações e custas, § 163). Assim, podemos afirmar que o *princípio da máxima taxatividade legal* tem uma importância especial na tipificação do crime de terrorismo, pois, em regra, essa criminalização vem acompanhada de gravíssimas consequências penais e processuais penais.

58.2.2. Incompatibilidade da presunção legal do “dolo terrorista” com o princípio da legalidade. No julgamento do *Caso Norín Catrimán*, a Corte IDH foi instada a se manifestar sobre a *convencionalidade* do art. 1º da Lei chilena 18.314, que admitia expressamente a presunção da intenção de *causar terror* na população, salvo prova em contrário, quando o agente praticar o fato mediante artifícios explosivos ou incendiários. Para a Corte IDH, “(...) a referida presunção de que existe tal intenção [terrorista] quando existem determinados elementos objetivos (entre eles ‘o fato de se cometer o delito mediante artifícios

explosivos ou incendiários') viola o princípio da legalidade consagrado no artigo 9º da Convenção, bem como a presunção de inocência prevista no art. 8.2 da mesma" (Mérito, reparações e custas, § 171).

58.2.3. Luta contra o terrorismo e respeito pelos direitos humanos. Para a Corte IDH, "As medidas eficazes de luta contra o terrorismo devem ser complementares e não contraditórias com a observância das normas de proteção dos direitos humanos", avançando para dizer que, "Ao adotar medidas que busquem proteger as pessoas sob sua jurisdição contra atos de terrorismo, os Estados têm a obrigação de garantir que o funcionamento da justiça penal e o respeito às garantias processuais se apeguem ao princípio da não discriminação" (Mérito, reparações e custas, § 210). Consideramos muito oportuna essa advertência da Corte Interamericana, que emite uma mensagem para os países do continente americano – e também para o mundo, dada a repercussão das decisões de um Tribunal Internacional para os seus congêneres nas demais regiões – de que a luta contra o terrorismo não pode ser feita em detrimento dos direitos humanos, sobretudo das garantias processuais penais.

58.2.4. Compatibilidade da "testemunha anônima" com a CADH. Um ponto polêmico enfrentado pela Corte IDH no julgamento do *Caso Norín Catrimán* diz respeito à possibilidade de se ocultar a identidade da testemunha, tornando-a, portanto, *anônima*. O art. 16 da Lei Antiterrorismo do Chile permitia ao juiz "decretar a proibição de relevar, em qualquer forma, a identidade de testemunhas ou peritos protegidos, ou os antecedentes que conduzam à sua identificação", assim como "a proibição para que sejam fotografados, ou que se capte sua imagem através de qualquer outro meio". Duas testemunhas ouvidas no processo criminal contra o senhor Norín Catrimán prestaram o depoimento de trás de um "biombo" que ocultava seus rostos da visão de todos, com exceção do juiz. Também foi utilizado para a preservação da identidade daquelas testemunhas um "modificador de vozes". O art. 8.2.f da CADH prevê como garantia mínima de toda pessoa acusada de um delito o "direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos". Interpretando esse dispositivo a partir do contexto fático do *Caso Norín Catrimán*, a Corte IDH primeiro ressaltou que "O dever estatal de garantir os direitos à vida e à integridade, a liberdade e a segurança pessoais de quem presta depoimento no processo penal pode justificar a adoção de medidas de proteção" (Mérito, reparações e custas, § 243). Na sequência, a Corte IDH, citando precedentes convergentes do TEDH, decidiu pela compatibilidade da *testemunha anônima* com a CADH, desde que sejam adotadas *medidas de contrapeso*, tais como: a) a autoridade judicial deve conhecer a identidade da testemunha e ter a possibilidade de observar seu comportamento durante a inquirição para que possa formar sua própria impressão sobre a confiabilidade da testemunha e da sua declaração; e b) deve-se conceder à defesa uma ampla oportunidade de interrogar diretamente a testemunha em alguma das etapas do processo, sobre questões que não estejam relacionadas com sua identidade ou com o seu paradeiro atual (Mérito, reparações e custas, § 246). Além disso, para a Corte IDH, a admissibilidade excepcional da *testemunha anônima* ainda deve observar uma regra probatória, no sentido de que a condenação não pode estar fundamentada unicamente ou em grau decisivo nas declarações prestadas pela testemunha de identidade reservada, pois, do contrário, conclui

a Corte, “(...) se poderia chegar a condenar o acusado utilizando desproporcionalmente um meio probatório que foi obtido em detrimento de seu direito de defesa” (Mérito, reparações e custas, § 247)¹⁶⁵.

Divergimos da Corte IDH quanto a este ponto e entendemos que a *testemunha anônima* não tem compatibilidade com o art. 8.2.f da CADH, pois dificulta ou inviabiliza o direito da defesa de interrogar a testemunha de forma ampla, já que, desconhecida a sua identidade, perguntas relacionadas a possível inimizade, prejuízo e confiabilidade restarão naturalmente prejudicadas. Entendemos que a proteção da testemunha não pode ocorrer de forma *endoprocessual*, protegendo a sua identidade do conhecimento das partes no momento da inquirição, mas apenas de forma *extraprocessual*, inclusive propiciando posterior mudança de identidade, domicílio etc., além da segurança necessária.

58.3. Conexões com o Direito brasileiro

58.3.1. Aprovação da Lei Antiterrorismo pelo Estado brasileiro. Em virtude da celebração dos jogos olímpicos, o Estado brasileiro finalmente aprovou a sua Lei Antiterrorismo, cumprindo o mandado constitucional de criminalização previsto no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988. Trata-se da Lei 13.260/2016, que tipifica diversas condutas como atos de terrorismo, além de dispor acerca de uma série de questões processuais, como, por exemplo, a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes inseridos na Lei Antiterror.

59. Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala

Sentença de 28.08.2014

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

59.1. Resumo do caso

Os fatos versam acerca do assassinato do defensor de direitos humanos A.A. e por ameaças à sua filha B.A. (também defensora de direitos humanos) e sua família, incluindo seus filhos menores de idade. Essas ameaças provocaram, inclusive, que a família tivesse de deixar seu lugar de residência e mudar-se para outra cidade. O caso chegou até a CIDH, que, após não obter êxito na solução da demanda, submeteu o caso à Corte IDH.

No dia 28 de agosto de 2014, a Corte condenou o Estado pela violação do direito à integridade pessoal (art. 5.1), em relação ao dever de garantia (art. 1.1) e aos direitos da criança (art. 19). Isso devido ao fato de que o Estado havia tido pleno conhecimento, ao menos a partir do ano 2001 e de forma reiterada com posterioridade a esta data, por meio de relatórios de diversas organizações internacionais e nacionais, de que os defensores de direitos humanos na Guatemala enfrentavam um contexto de vulnerabilidade, e não adotou medidas adequadas e efetivas de proteção em relação à senhora B.A. e sua família

¹⁶⁵ A Corte IDH reiterou este entendimento a respeito da admissão excepcional da *testemunha anônima* no julgamento do *Caso Pollo Rivera e outros vs. Peru*. Sentença de 21/10/2016. Mérito, reparações e custas, § 205.

a partir do momento em que teve conhecimento do risco real e imediato que enfrentavam. Essa falta de proteção, acrescentou a Corte, levou a que B.A. e sua família tivessem que se deslocar forçadamente de seus lugares de residência habitual, sem que o Estado fornecesse as condições necessárias para facilitar um retorno voluntário, digno e seguro a seus locais de residência habitual ou um reassentamento voluntário em outra parte do país, o que, além disso, gerou a violação do direito à liberdade de circulação e de residência (art. 22.1) e dos direitos da criança (art. 19). A Corte IDH também consignou que a Guatemala não garantiu as condições necessárias para que a senhora B.A. pudesse continuar o exercício de seus direitos políticos a partir dos cargos políticos que exercia, violando o art. 23.1 da Convenção Americana, em relação aos deveres de respeito e garantia (art. 1.1).

Por fim, cumpre destacar que, a pedido das vítimas do caso, a Corte Interamericana ordenou a reserva de seus nomes. Portanto, a sentença foi emitida com o título Defensor de Direitos Humanos e outros Vs. Guatemala.

59.2. Pontos importantes

59.2.1. Primeiro caso em que a Corte IDH estabeleceu uma definição clara para a categoria “defensores de direitos humanos”. Pela primeira vez, a Corte IDH fixou alguns parâmetros para definir um conceito de “Defensor de Direitos Humanos”. Primeiramente, a Corte IDH definiu que a qualidade de Defensor de Direitos Humanos não está assentada na condição de particular ou de funcionário público. Para o tribunal interamericano, o que caracteriza determinado indivíduo como Defensor de Direitos Humanos é sua independência com vistas à proteção e à promoção dos direitos humanos mediante uma série de atividades relacionadas à matéria. Assim, para aferir se determinado indivíduo pode ser classificado como um Defensor de Direitos Humanos, deve-se analisar o aspecto objetivo, qual seja, a maneira pela qual ele atua, e não o seu aspecto subjetivo, ou seja, a sua identidade. Neste ponto, é a conclusão da Corte: “Este Tribunal considera que a qualidade de defensor dos direitos humanos reside no trabalho feito, independentemente de a pessoa a fazê-lo ser um particular ou um funcionário público. A este respeito, o Tribunal de Justiça se refere às atividades de monitoramento, relatórios e educação realizadas por defensores dos direitos humanos, observando que a defesa dos direitos serve não só aos direitos civis e políticos, mas necessariamente também aos direitos económicos, sociais e culturais, em conformidade com os princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência. Por sua vez, este Tribunal reconheceu que existe um consenso internacional que as atividades dos defensores dos direitos humanos são a promoção e proteção dos direitos humanos, entre outros. (...) O Tribunal observa também que as atividades acima de promoção e proteção dos direitos humanos podem ser exercidas de forma intermitente ou, ocasionalmente, por isso a qualidade do defensor dos direitos humanos não é necessariamente uma condição permanente” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 129).

Como é possível observar pelas conclusões da Corte IDH, a qualidade de Defensor dos Direitos Humanos não é necessariamente uma condição permanente, já que a atuação do indivíduo pode ocorrer de modo intermitente ou esporadicamente.

59.2.2. Fixação de *standards* para analisar a adequação de medidas adotadas pelo Estado para proteger as atividades dos defensores de direitos humanos. Ao proferir sentença no *Caso Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala*, a Corte IDH fixou alguns *standards* para analisar a adequação das medidas realizadas pelo Estado para proteger as atividades dos defensores de direitos humanos. São eles: a) estejam de acordo com as funções desempenhadas pelos defensores; b) o nível de risco deve ser objeto de uma avaliação a fim de adotar e monitorar as medidas que se encontrem vigentes; e c) devem poder ser modificadas de acordo com a variação da intensidade de risco (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 157). Ainda nessa linha, é mister que a medida de proteção a ser adotada pelo Estado seja comunicada e definida de forma conjunta com o próprio defensor de direitos humanos, sempre à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. No que toca à efetividade das medidas de proteção a serem adotadas pelo Estado, o tribunal interamericano também fixou *standards* que devem ser observados: a) a resposta estatal deve ser imediata a partir do primeiro momento em que se toma conhecimento da existência do risco; b) as pessoas que intervêm na proteção de defensores devem contar com capacitação e treinamento necessários para desempenhar suas funções e sobre a importância de suas ações; e c) estarem em vigor durante o tempo que as vítimas de violência ou ameaças necessitarem (Mérito, § 157).

59.3. Conexões com o Direito brasileiro

59.3.1. Incidente de Deslocamento de Competência nº 2, o Caso Manoel Mattos. O primeiro incidente de deslocamento de competência – IDC a ser julgado procedente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça foi o IDC nº 2, conhecido popularmente como “Caso Manoel Mattos”, relativo ao homicídio do defensor de direitos humanos Manoel Mattos, assassinado em janeiro de 2009, após ter noticiado a atuação de grupos de extermínio na fronteira de Pernambuco com a Paraíba. Trata-se da primeira vez em que a jurisprudência do STJ reconheceu a categoria “defensor de direitos humanos”. No dia 15 de abril de 2015, o Júri federal do caso Manoel Mattos chegou ao fim e dois dos cinco acusados foram condenados pelo assassinato do defensor de direitos humanos, o advogado Manoel Mattos.

59.3.2. Programa brasileiro de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos. Recentemente, o Brasil promulgou o Decreto 8.724/2016, que instituiu o Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos e criou o seu Conselho Deliberativo, no âmbito do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. Trata-se de um avanço por parte do Estado brasileiro que nitidamente passou a se preocupar com a proteção dos defensores de Direitos Humanos. Segundo o Decreto 8.724/2016, o Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos possui como objetivo: a) proteger a integridade pessoal dos defensores de direitos humanos; e b) assegurar a manutenção de sua atuação na defesa dos direitos humanos.

60. Caso Rodríguez Vera e outros (desaparecidos do Palácio de Justiça) vs. Colômbia

60.1. Resumo do caso

O *Caso Rodríguez Vera* possui como marco fático os eventos conhecidos como a tomada e a retomada do Palácio de Justiça, na cidade de Bogotá, entre os dias 6 e 7 de novembro de 1985. Nestas ocasiões, o grupo guerrilheiro M-19 tomou violentamente as instalações do Palácio de Justiça, onde estavam localizadas as sedes da Corte Suprema de Justiça e do Conselho de Estado colombiano, e tomou como reféns centenas de pessoas, incluindo magistrados, magistrados auxiliares, advogados, funcionários, empregados administrativos e visitantes. Diante dessa ação da guerrilha, conhecida como a “tomada do Palácio de Justiça”, a resposta das forças de segurança do Estado ficou conhecida como a “retomada do Palácio de Justiça”. Essa operação militar foi qualificada, tanto por tribunais internos como também pela Comissão da Verdade sobre os fatos do Palácio de Justiça, como desproporcional e excessiva. Como consequência desses fatos, centenas de pessoas foram mortas e feridas.

Após o processamento do caso, a Corte IDH condenou o Estado da Colômbia pelo desaparecimento forçado de oito pessoas, reconhecendo a violação de dispositivos da CADH e da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado.

60.2. Pontos importantes

60.2.1. A Corte IDH pode utilizar as normas de Direito Internacional Humanitário como vetor hermenêutico para interpretar a CADH. O Estado da Colômbia apresentou uma interessante exceção preliminar, suscitando a incompetência da Corte Interamericana para analisar violações ao Direito Internacional Humanitário. Ao se deparar com tal argumentação, a Corte IDH afirmou que “(...) as disposições pertinentes da Convenções de Genebra podem ser consideradas como vetores de interpretação da própria Convenção Americana de Direitos Humanos. Portanto, ao examinar a compatibilidade das condutas ou das normas internas dos Estados com a Convenção Americana, o Tribunal pode interpretar a Convenção Americana à luz de outras obrigações e tratados internacionais de Direito Internacional Humanitário. Neste caso, quando se utiliza o Direito Internacional Humanitário como um vetor de interpretação convencional, o Tribunal não está aplicando normas de Direito Internacional Humanitário, mas apenas observando as normas do Direito Internacional dos Conflitos Armados na atividade interpretativa da Convenção Americana de Direitos Humanos, a fim de implementar mais especificamente as regras convencionais do Pacto de San José da Costa Rica para definir obrigações aos Estado demandado” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 39). Assim, a Corte IDH se manifestou da mesma forma pela qual já havia se pronunciado no *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*, no sentido de que, apesar de não possuir competência para determinar violações ao Direito Internacional Humanitário, pode utilizar esse corpo jurídico para interpretar as disposições da Convenção Americana¹⁶⁶. Aproveitando o *link* com o entendimento da Corte IDH sobre a aplicação do

¹⁶⁶ O Direito Internacional é dividido em três subespécies, quais sejam: a) Direito Internacional dos Direitos Humanos; b) Direito Internacional Humanitário; e c) Direito Internacional dos Refugiados. Em que pese o Direito Internacional Humanitário seja o ramo mais antigo desses três, é o Direito Internacional dos Direitos Humanos que funciona como uma espécie de *lex generalis*, já que as normas

Direito Internacional dos Conflitos Armados como vetor hermenêutico para interpretar a CADH, é importante ressaltar que a própria jurisprudência da Corte Interamericana reconhece uma principiologia própria do Direito Internacional Humanitário:

Principiologia do Direito Internacional Humanitário reconhecida pela Corte Interamericana	
Princípio da distinção	“De acordo com o Direito Internacional Humanitário, o princípio da distinção retrata uma norma internacional consuetudinária aplicável aos conflitos armados nacionais e internacionais, na qual se estabelece que as partes em conflito devem distinguir, a todo momento, os combatentes da população civil, sendo vedado realizar qualquer ato bélico contra a população civil, uma vez que estes não fazem parte do conflito armado” (<i>Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia</i> , Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 212).
Princípio da proporcionalidade	“De acordo com o Direito Internacional Humanitário, o princípio da proporcionalidade retrata uma norma internacional consuetudinária aplicável aos conflitos armados nacionais e internacionais, na qual se estabelece que é proibido lançar um ataque quando seja possível prever que este ato atingirá a população civil causando de forma desproporcional o ferimento e a morte de pessoas que não estão envolvidas com o conflito armado” (<i>Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia</i> , Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 214).
Princípio da precaução	“De acordo com o Direito Internacional Humanitário, o princípio da proporcionalidade retrata uma norma internacional consuetudinária aplicável aos conflitos armados nacionais e internacionais, na qual se estabelece que as partes envolvidas nos conflitos armados devem realizar suas operações com todo cuidado e precaução possível para preservar a população civil e os bens civis da sociedade” (<i>Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia</i> , Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 216).

Ainda existem outros princípios próprios do Direito Internacional Humanitário, como, por exemplo, o princípio da necessidade militar, que delimita o uso da violência empregada em um conflito armado para que se atenha apenas ao grau indispensável para se alcançar a vitória, e o princípio da humanidade, que visa a obtenção da vitória em determinado conflito armado sempre à luz do *status dignitatis* dos combatentes. Ainda sobre o tema, cumpre ressaltar que, segundo a doutrina internacionalista, o Direito Internacional Humanitário é dividido em quatro vertentes:

Quatro vertentes do Direito Internacional Humanitário	
Direito de Haia	Consiste no conjunto de normas de Direito Internacional Humanitário referentes à limitação dos meios e dos métodos de guerra.

de direitos humanos também são aplicáveis nos feitos envolvendo conflitos armados e refugiados.

Direito de Genebra	Consiste no conjunto de normas de Direito Internacional Humanitário voltado à proteção dos indivíduos que não participam do conflito armado (população civil, médicos, assistentes sociais) e dos que estão fora de combate (feridos e prisioneiros de guerra).
Direito de Nova York	São as normas de Direito Internacional Humanitário que determinam a ampliação da proteção internacional dos direitos humanos no âmbito dos conflitos armados.
Direito de Roma	É o conjunto de regras que visa responsabilizar internacionalmente o indivíduo por violação de normas de Direito Internacional Humanitário.

60.2.1.1. Cláusula Martens e o mínimo ético humanitário. Embora a concepção de “crimes contra a humanidade” nos remeta ao período pós-Segunda Guerra Mundial, o termo “leis de humanidade” se apoia em uma norma muito anterior, conhecida pelos estudiosos do Direito Internacional Humanitário como “Cláusula Martens”. A cláusula recebe este nome por ter sido proposta por Fyodor Fyodorovich Martens, consultor do czar russo, na Primeira Conferência da Paz, em 1899. Segundo o preâmbulo da Convenção de Haia de 1907 sobre os Costumes da Guerra Terrestre, essa cláusula estabelece que “Até que um código mais completo das leis de guerra seja editado, as altas partes contratantes consideram conveniente declarar que, em casos não incluídos nas regulamentações por elas adotadas, os civis e beligerantes permanecem sob a proteção e a regulamentação dos princípios do direito internacional, uma vez que estes resultam dos costumes estabelecidos entre povos civilizados, dos princípios da humanidade e dos ditames da consciência pública”.

Por fim, há algumas expressões do Direito Internacional dos Conflitos Armados que são frequentemente utilizadas pelos tribunais internacionais de direitos humanos em suas decisões, quais sejam:

Expressões do Direito Internacional dos Conflitos Armados utilizadas com frequência pelos tribunais internacionais de direitos humanos	
<i>Jus ad bellum</i>	É o direito de promover a guerra. Está em desuso com o atual estágio da comunidade internacional.
<i>Jus in bello</i>	É o direito a ser utilizado no momento do conflito armado (Direito de Haia, Direito de Genebra etc.).
<i>Jus post bello</i>	É a preocupação do Direito Internacional Humanitário com a punição dos criminosos de guerra.
<i>Jus contra bellum</i>	Consiste no direito de prevenção à guerra. São atitudes preventivas tomadas pelos Estados para evitar um conflito armado.

60.2.2. Impossibilidade de a Corte IDH exercer um controle de legalidade sobre o procedimento que tramita perante a CIDH. Ainda em sede de exceção preliminar, a Colômbia postula pela necessidade de a Corte Interamericana exercer um controle de legalidade acerca do procedimento tramitado na CIDH. A Corte IDH refutou tal pos-

sibilidade, aduzindo que “O controle de legalidade do processo que tramita perante a Comissão é uma situação aplicável apenas em casos em que há prova da existência de um erro grave em detrimento do direito à defesa do Estado, que justifica a admissibilidade de um controle por esta Corte. Este Tribunal recorda que a Comissão Interamericana tem autonomia e independência no exercício da suas atribuições, conforme estabelecido pela Convenção Americana” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 54).

60.2.3. Necessidade de efetuar o registro de toda e qualquer detenção por parte do Estado. Ainda sobre o *Caso Desaparecidos do Palácio da Justiça*, a Corte IDH afirmou que “(...) qualquer prisão, independentemente do motivo ou duração, deve ser devidamente registrada no documento relevante informando claramente o motivo da detenção, quem a realizou, e o tempo em que o indivíduo se manteve em custódia, bem como a prova de que a notificação da prisão foi entregue ao juiz, pelo menos, para proteger contra qualquer interferência ilegal ou arbitrária da liberdade física” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 247). Portanto, até como forma de prevenir desaparecimentos forçados, a Corte IDH assentou em sua jurisprudência a necessidade de se realizar o registro de toda e qualquer detenção nos bancos de dados do Estado.

61. Caso Arguelles e outros vs. Argentina

Sentença de 20.11.2014	<i>Exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 23.06.2015	<i>Interpretação da sentença de exceção preliminar, mérito, reparações e custas</i>

61.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a alegada violação do direito à liberdade pessoal e do direito a um julgamento justo em processos iniciados em 1980, perante o Juízo de Instrução Militar, contra vinte oficiais militares pelo crime de fraude militar. Logo no início do processo, os investigados foram detidos, tendo, posteriormente, sido interrogados pelo Juiz de Instrução Militar, o qual ordenou a prisão preventiva por considerar presentes os seus requisitos autorizadores. Em 1982, foram designados defensores para dez dos acusados, sendo que, por expressa disposição do Código de Justiça Militar, o defensor deveria ser um “oficial em serviço ativo ou aposentado”, que poderia ser eleito pelo acusado ou nomeado de ofício. O Ministério Público Militar apresentou a denúncia em agosto de 1988, atribuindo aos acusados a prática dos crimes de associação ilícita, com as agravantes de fraude militar e falsificação, em conformidade com o Código de Justiça Militar. Posteriormente, após sucessivos recursos, os acusados foram condenados pelo Conselho supremo das Forças Armadas.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado violou o direito à liberdade pessoal das vítimas ao não valorar adequadamente os fins, a necessidade e a proporcionalidade das medidas privativas de liberdade que foram mantidas por, aproximadamente, três anos. A Corte também concluiu que o Estado violou, entre outros, o direito a ser assistido por um defensor com formação jurídica e o direito ao prazo razoável.

61.2. Pontos importantes

61.2.1. Impossibilidade de se manter a prisão preventiva de um acusado com base no comportamento processual de outro acusado. A Justiça Militar argentina indeferiu pedidos de liberdade e manteve a prisão preventiva de alguns dos acusados com base no comportamento processual de outro acusado, que teria empreendido fuga. A Corte IDH censurou esse entendimento e ressaltou que “(...) a conduta de um dos acusados não é razão suficiente para manter a prisão preventiva dos demais” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 127).

61.2.2. Prisão preventiva e princípio da proporcionalidade. A Corte IDH reiterou o seu entendimento de que a prisão preventiva deve ser limitada pelo princípio da proporcionalidade, afirmando que uma pessoa considerada inocente não pode receber igual ou pior tratamento que uma pessoa condenada. Assim, a Corte IDH destacou que “O Estado deve evitar que a medida de coerção processual seja igual ou mais grave para o acusado que a pena que se espera no caso de condenação” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 136).

61.2.3. Atuação da Defensoria Pública Interamericana. Onze das vinte vítimas deste caso foram defendidas por dois defensores públicos interamericanos, que acompanharam a demanda desde o procedimento perante a CIDH até o julgamento final pela Corte IDH.

61.2.4. Competência restritiva e excepcional da Justiça Militar. A Corte IDH reiterou o seu entendimento no sentido de que a CADH não veda a existência da Justiça Militar, mas que, num Estado Democrático de Direito, essa jurisdição deve ser restritiva e excepcional, de forma que se aplique unicamente na proteção de bens jurídicos especiais, de caráter militar, e que tenham sido violados por militares no exercício de suas funções (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 148).

61.2.5. Exigência de formação jurídica para ser juiz do Conselho Supremo das Forças Armadas. No julgamento do *Caso Palamara Iribarne*, quando das considerações sobre a estrutura orgânica e a composição dos tribunais militares, a Corte IDH já havia apontado a ausência de formação jurídica dos juízes militares como fundamento para concluir que aqueles tribunais militares carecem dos atributos da independência e da imparcialidade (§ 155). No julgamento do *Caso Arguelles*, a Corte Interamericana deixa ainda mais evidente o seu entendimento e afirma que, embora não se possa exigir a formação jurídica dos juízes membros de um tribunal exclusivamente administrativo ou disciplinar, essa exigência deve ser feita quando o tribunal militar possui competência em matéria penal (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 159).

61.2.6. Direito a ser defendido por um profissional com formação jurídica. O art. 8.2 da CADH prevê duas *garantias mínimas* relacionadas à assistência jurídica, dispondo, primeiro, sobre o “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor” (letra d), e, segundo, sobre o “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei” (letra e). O Código de Justiça Militar argentino estabelecia que a defesa

de militares no processo criminal deveria ser feita necessariamente por um oficial militar (da ativa ou aposentado), de quem não se exigia formação jurídica. Para a Corte IDH, este expediente viola a CADH, pois “(...) a defesa [técnica] deve ser exercida por um profissional do Direito, já que representa a garantia no devido processo de que o investigado será assessorado sobre seus deveres e direitos e de que ele será respeitado” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 177).

61.3. Conexões com o Direito brasileiro

61.3.1. Composição do STM e formação jurídica dos seus ministros. Vimos anteriormente que a Corte IDH reiterou no julgamento do *Caso Arguelles* uma questão que já havia sido abordada de passagem no *Caso Palamara Iribarne*, que diz respeito à exigência de formação jurídica dos membros que compõem a estrutura da Justiça Militar. Temos aqui, portanto, uma colidência entre a jurisprudência da Corte Interamericana e a Constituição Federal, pois esta, ao dispor sobre o Superior Tribunal Militar, estabeleceu que a sua composição será de quinze ministros, sendo que dez deles devem ser escolhidos pelo Presidente da República dentre membros ativos das Forças Armadas: três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército e três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, reservando as cinco outras vagas a civis, exigindo apenas destes a formação jurídica (CF, art. 123). Assim, a Constituição admite que 2/3 dos ministros do STM sejam exclusivamente militares das forças armadas, sem formação jurídica¹⁶⁷.

Vislumbramos neste cenário um exemplo de *norma constitucional inconvenção*, sendo que o parâmetro para se chegar a esta *inconvenção*, aqui, não é o texto da CADH, e sim a jurisprudência da Corte IDH. A respeito da possibilidade de se utilizar a jurisprudência internacional como parâmetro para o controle de convencionalidade, a própria Corte assim já se manifestou, afirmando que “Nesta tarefa, devem ter em conta [as autoridades que exercem o controle de convencionalidade] não somente o tratado, mas também a sua interpretação pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (*Caso Gelman vs. Uruguai*. Supervisão de Cumprimento de Sentença, 20.03.2013, § 66).

62. Caso Granier e outros (Rádio Caracas de Televisão) vs. Venezuela

Sentença de 22.06.2015

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

62.1. Resumo do caso

O *Caso Granier* trata da supressão arbitrária e ilegal da concessão da frequência da rede de TV opositora ao governo de Hugo Chávez, a famosa Rádio Caracas Televisión (RCTV). O Governo venezuelano, à época presidido por Hugo Chávez, suprimiu a frequência do sinal da RCTV pelo simples fato de a emissora de televisão realizar um editorial independente e fazer críticas ao regime chavista instalado na Venezuela. A exclusão do sinal da emissora mais antiga do país, em 2007, foi amplamente criticada por opositores e grupos de direitos humanos.

¹⁶⁷ Esse modelo de composição mista do STM é chamado de “escabinado”.

Após o processamento do caso, a Corte IDH condenou a Venezuela por violar o direito à liberdade de expressão e ordenou que o sinal da RCTV fosse restabelecido. Além disso, a Corte Interamericana estipulou uma indenização aos acionistas da RCTV, buscando compensar os danos causados no período em que a emissora de televisão esteve sem sinal.

62.2. Pontos importantes

62.2.1. Inaplicabilidade da CADH às pessoas jurídicas. No *Caso Granier*, o Estado venezuelano alegou em sede de exceção preliminar que a CADH não é aplicável às pessoas jurídicas. No entanto, ao julgar essa exceção preliminar, a Corte IDH rechaçou estar tutelando diretamente os interesses do canal de televisão RCTV – protegido aqui indiretamente –, já que, segundo a Corte, as verdadeiras vítimas do caso são os diretores, acionistas, jornalistas e trabalhadores da RCTV. Assim, a mera utilização de pessoas jurídicas como forma de sustento por pessoas naturais não implica em proteger – diretamente – aquelas, pois a violação, neste cenário, atinge as pessoas físicas vinculadas com a empresa¹⁶⁸. Sobre o tema, é importante ressaltar que a Corte IDH emitiu a Opinião Consultiva 22, afirmando que “Os direitos e garantias previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos não são aplicáveis às pessoas jurídicas”¹⁶⁹.

Finalmente, embora os tribunais internacionais de direitos humanos refutem a aplicação das normas internacionais de direitos humanos às pessoas jurídicas, há um precedente histórico no qual estas foram julgadas por uma corte de direitos humanos. Trata-se do emblemático julgamento de Nuremberg, em que o Partido Nazista, a Waffen-SS (exército nazista), a Gestapo (polícia secreta do Estado) e o Estado Maior das Forças Armadas da Alemanha foram julgados junto com figuras históricas dos tristes episódios envolvendo o nazismo na Segunda Guerra Mundial.

62.2.2. Primeiro precedente da Corte IDH envolvendo de maneira direta a decisão de um Estado de não renovar a concessão de um canal de televisão de sinal aberto. O *Caso Granier* foi o primeiro precedente da Corte IDH envolvendo de maneira direta a decisão de um Estado de não renovar a concessão de um canal de televisão de sinal aberto, tratando-se, então, de um julgamento muito importante para a comunidade do continente americano.

62.2.3. Reconhecimento da dupla dimensão do direito à liberdade de expressão. Segundo a Corte IDH, o direito à liberdade de expressão não abrangeria apenas o direito

¹⁶⁸ Neste sentido, ver também: Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*. Exceções Preliminares. Sentença de 7 de setembro de 2001, § 29.

¹⁶⁹ A Organização das Nações Unidas também já tratou do tema *direitos humanos e pessoas jurídicas* por meio de um documento *soft law* chamado “Princípios de Ruggie”. Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (“Princípios de Ruggie”) foram aprovados por unanimidade, em junho de 2011, pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, e possuem essa nomenclatura em razão de terem sido idealizados pelo Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, Professor John Ruggie. São instrumentos de *soft law* (direito suave) e, portanto, não vinculam. Possuem, basicamente, três objetivos: a) o dever estatal de proteger os direitos humanos; b) o dever das empresas de respeitar os direitos humanos; e c) a necessidade de que existam recursos adequados e eficazes em caso de descumprimento desses direitos pelas empresas. Os Princípios de Ruggie simbolizam um momento histórico na consolidação dos parâmetros normativos aplicáveis à conduta das empresas em relação aos direitos humanos.

e a liberdade de se expressar (dimensão individual), mas também a liberdade de buscar e disseminar informações (dimensão social). Nesta compreensão, o indivíduo é ao mesmo tempo um professor e um aprendiz, dado que a troca de informações é uma via de mão dupla. O chamado *right to communicate* ("r2c", como se abreviou a expressão em inglês) possui duas facetas correlacionadas: a) o direito do comunicante; e b) o do recipiente. Desse modo, estão compreendidos no conceito de direitos comunicativos tanto a liberdade de expressar opiniões, pontos de vista religiosos e conceitos em ciência e arte quanto os direitos de quem sofre o impacto dessa expressão. Convém lembrar que esses direitos possuem um caráter bivetorial, fato que concebe um papel humanista a esses direitos, pois, além de sedimentarem a democracia em determinado governo, eles contribuem para uma maior propagação e discussão de ideias no espaço público. Este aspecto, por sua vez, confere maior densidade ao princípio da igualdade, protegendo grupos de minorias de eventual asfixia pelo grupo majoritário e concretizando o direito à diferença. Atualmente, o expoente sobre o assunto é Jürgen Habermas, defensor de uma democracia deliberativa, na qual se privilegia a discussão de debates de ideias em um espaço público. Ainda sobre a importância do direito à liberdade de expressão, a Corte Interamericana entende que ele representa a existência de uma "pedra angular de uma sociedade democrática" (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 140).

62.2.4. Importância da pluralidade dos veículos de imprensa e dos meios comunicativos em sentido amplo. A Corte IDH também consignou que "(...) a pluralidade dos meios de comunicação consiste em uma garantia efetiva para se preservar a liberdade de expressão" (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 142). Por isso, a Corte Interamericana declarou que "(...) os meios de comunicação social desempenham um papel essencial como veículos para o exercício da dimensão social da liberdade de expressão numa sociedade democrática, sendo essencial que reúnam, portanto, as informações mais diversificadas" (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 142). Portanto, a partir da compreensão da liberdade de imprensa como um *livre mercado de ideias*, é de suma importância a existência dos mais variados meios de informação, possibilitando ao indivíduo conhecer os mais variados pontos de vista e formar suas próprias convicções.

62.3. Conexões com o Direito brasileiro

62.3.1. Declaração da não recepção da Lei de Imprensa brasileira. Ao apreciar a ADPF 130 (rel. Min. Carlos Ayres Britto, Plenário, j. 30.04.2009), o STF declarou que a Lei 5.250/1967 (antiga Lei de Imprensa) não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, e isso porque a lei, elaborada durante a ditadura militar, restringia o direito à liberdade de expressão de forma desproporcional e incompatível com o Estado Democrático de Direito. Nesse mesmo julgamento, o min. Carlos Ayres Britto deixou assentado que "A liberdade de imprensa é irmã siamesa da democracia e esta é a menina dos olhos da Constituição Federal".

62.3.2. Vedação constitucional de toda e qualquer censura política, ideológica e artística nos veículos de comunicação. Em conformidade com o que decidiu a Corte IDH no *Caso Granier*, a Constituição Federal dispõe no seu art. 220, § 2º, que "É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística". Ainda com o intuito de garantir a pluralidade de meios de comunicação, a CF estabelece no § 5º do mesmo artigo que:

“Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”.

63. Caso Wong Ho Wing vs. Peru

Sentença de 30.06.2015	<i>Exceção preliminar, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 22.06.2016	<i>Interpretação da sentença de exceção preliminar, mérito, reparações e custas</i>

63.1. Resumo do caso

Em breve síntese, o caso trata do pedido de extradição do sr. Wong Ho Wing, realizado pela China ao Estado peruano sob a alegação de que o sr. Wing seria autor do delito de contrabando de mercadorias em território chinês. A controvérsia chegou até a CIDH, que, após as infrutíferas tentativas de solucioná-la, submeteu a demanda à Corte Interamericana.

Processado o caso, a Corte IDH decidiu que, se o Estado peruano optar pela extradição do sr. Wing, não estaria violando a obrigação de assegurar o direito à vida e à integridade pessoal do extraditando nem poderia ter responsabilidade pela violação ao princípio do *non-refoulement*. No entanto, a Corte IDH responsabilizou o Estado peruano pela violação da garantia da duração razoável do processo, além da excessiva demora na tramitação do processo de extradição. Por fim, o Peru ainda foi condenado pela detenção do sr. Wing, que, segundo a Corte Interamericana, teria ocorrido de forma arbitrária e desproporcional, já que ele ficou em custódia cautelar por um período desarrazoado.

63.2. Pontos importantes

63.2.1. Vinculação da cooperação jurídica internacional aos direitos humanos. O *Caso Wong* representa um enorme avanço no reconhecimento dos direitos humanos nos pleitos de cooperação jurídica internacional (extradição, auxílio direto, transferência internacional de presos etc.). Nestes pedidos de cooperação internacional, os Estados devem respeitar os direitos humanos dos indivíduos envolvidos. O tema já se encontra bastante desenvolvido no sistema europeu de direitos humanos e, com o *Caso Wong*, parece que começa a ser desenvolvido também no sistema interamericano de direitos humanos. Sobre este excepcional avanço na proteção internacional dos direitos humanos, vejamos a lição de André de Carvalho Ramos:

“Após idas e vindas – com direito à atuação diplomática chinesa –, o processo de extradição resultou num impasse: duas decisões internas com fundamentos diversos e a inatividade do Poder Executivo para tomar a decisão extradicional final. O caso é paradigmático, pois é o primeiro a vincular a cooperação jurídica internacional aos direitos humanos: a Corte exigiu que os Estados americanos não cooperem caso o extraditando possa ser submetido a pena de morte, a tortura, ou tratamento cruel, desumano e degradante. Contudo, a Corte decidiu que não bastam alegações genéricas de

violações de direitos humanos no Estado requerente da cooperação jurídica, mas deve o Estado requerido analisar especificamente as circunstâncias do caso concreto”¹⁷⁰.

63.2.2. Viabilidade da aplicação da teoria da proteção indireta dos direitos humanos no sistema interamericano de direitos humanos. No julgamento do *Caso Wong*, a Corte Interamericana exigiu que os Estados americanos não cooperassem caso o extraditando pudesse ser submetido a qualquer tratamento desumano ou degradante, pena de morte, tortura ou risco aos direitos humanos previstos na CADH, desde que a alegação acerca dessa suposta violação de direitos humanos fosse genérica. Tal entendimento gera uma situação curiosa: em determinados casos, a CADH passaria a surtir efeito fora do continente americano, para países que sequer são membros da OEA. Tomemos como exemplo o *Caso Wong*: se as alegações feitas pelo sr. Wing ao Estado peruano tivessem demonstrado o risco concreto da violação de direitos humanos, a Corte IDH não recomendaria a sua extradição para o Estado chinês. Assim, os dispositivos da Convenção Americana estariam servindo de garantia para o sr. Wong contra um país que sequer é membro da OEA (China). A doutrina chama esse fenômeno de teoria da proteção indireta (ou “por ricochete”) dos direitos humanos¹⁷¹.

63.2.3. Não violação ao princípio do *non-refoulement*. O sr. Wing alegou tanto diante da CIDH quanto perante a Corte IDH que não poderia ser extraditado para o Estado chinês, pois sua vida e sua integridade física estariam em risco. Alegou que o Estado do Peru seria responsável por violar o princípio do *non-refoulement*. No entanto, após a análise de todos os argumentos de ambas as partes, a Corte IDH concluiu que, em caso de uma eventual extradição para a China, o sr. Wing não estaria correndo risco de ter sua vida ou integridade violadas. Assim, caso o Estado do Peru extraditasse o sr. Wing, não seria responsabilizado pela violação do princípio do *non-refoulement*.

63.2.4. Primeiro caso na jurisdição contenciosa da Corte IDH em que a temática da extradição é a questão principal. Situações que envolvem o instituto da extradição não costumam chegar até a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, pois, na maioria dos casos, o extraditando tem certo interesse em ser julgado no seu país (salvo em exceções peculiares) e aceita ser extraditado, fato que acaba agilizando o procedimento (é a chamada *extradição amigável*). Portanto, o *Caso Wong* é um caso excepcional na jurisprudência da Corte Interamericana.

63.2.5. Cláusula de especialidade e extradição. Ainda no julgamento do *Caso Wong*, houve menção, ainda que *por alto*, à cláusula da especialidade em matéria de extradição. Em breve síntese, a cláusula (também chamada de princípio) da especialidade em matéria de extradição pode ser compreendida como a obrigatoriedade de o Estado requerente assumir o compromisso de não julgar o extraditado por fatos anteriores ou diversos daquele que fundamentou o pedido¹⁷². Nessa linha, havia uma controvérsia instaurada

¹⁷⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos...*, p. 357.

¹⁷¹ Sobre a aplicação da teoria da proteção indireta dos direitos humanos no âmbito europeu, ver: TEDH, *Caso JK e outros vs. Suécia* (2016).

¹⁷² A cláusula da especialidade está expressamente prevista no art. 96, I, da Lei de Migração (Lei

acerca da possibilidade de extradição do sr. Wing, em razão de que, na China, o crime de contrabando seria punido com a pena de morte, o que impediria a sua entrega, já que nem mesmo o próprio Estado do Peru concordava com tal situação. No entanto, com o passar do tempo (e não simplesmente em razão do precedente em análise), a China modificou sua legislação e já não mais pune com a pena capital os autores de crime de contrabando. Logo, a partir de tal mudança, a Corte IDH permitiu a extradição do sr. Wong Ho Wing.

63.3. Conexões com o Direito brasileiro

63.3.1. Caso Pizzolato e a teoria da proteção indireta dos direitos humanos. Ainda na esteira do ponto anteriormente tratado, lembramos ao leitor que, recentemente, o ex-fugitivo e condenado pelo STF na Ação Penal 470 (caso do Mensalão), Henrique Pizzolato, sustentou na Corte de Bologna e no TEDH a teoria da proteção por ricochete dos direitos humanos, sob o argumento de que os presídios brasileiros estariam em condições precárias e que a sua extradição seria atentatória aos seus direitos humanos básicos. O TEDH não acatou a tese da proteção indireta dos direitos humanos alegada por Pizzolato, pois, além de considerar as alegações genéricas, o Estado brasileiro apresentou fotos do presídio para o qual o sr. Pizzolato seria enviado em caso de deferimento da extradição (Complexo da Papuda).

63.3.2. O prévio exaurimento das vias administrativas não é condição para a concessão de extradição de estrangeiro autor de crime tributário. Conforme a jurisprudência dos tribunais superiores, em se tratando de crimes materiais contra a ordem tributária, é indispensável o exaurimento da instância administrativa para que seja possível dar início à persecução penal¹⁷³. No entanto, em matéria de extradição, ainda que se trate de crime material contra a ordem tributária, não há a necessidade de esgotamento das instâncias administrativas (Ext 1.222, rel. min. Teori Zavascki, 2ª Turma, j. 20/08/2013).

63.3.3. Impossibilidade de extradição pela prática de ato infracional. Um tema curioso é a impossibilidade de se extraditar determinado indivíduo pela prática de ato infracional, uma vez que o Estatuto do Estrangeiro exige como requisito formal para a viabilidade da extradição a prática de *crime*. Assim, ao analisar essa questão, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a viabilidade da extradição (Ext 1.135, rel. min. Eros Grau, Plenário, j. 01.10.2009).

63.3.4. Audiência de custódia e prisão para fins de extradição¹⁷⁴. Considerando que a

13.445/2017). Ainda sobre a reserva de especialidade, desejando o Estado requerente processar o extraditado por fatos havidos antes do pedido, mas somente descobertos após a sua entrega, deve formular ao Estado um pedido de extensão de extradição. A cláusula de especialidade também é chamada de *efeito limitador da extradição*. O STF reconhece a validade da cláusula de especialidade e do pedido de extensão de extradição, conforme o entendimento consolidado na Ext 1.052 (rel. min. Eros Grau, Plenário, j. 09.10.2008). Para maiores informações sobre o tema, ver: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

¹⁷³ Neste sentido, é o teor da Súmula Vinculante 24: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

¹⁷⁴ Este tópico foi desenvolvido a partir de: PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasile-*

CADH estabelece que *toda pessoa presa ou detida* deve ser apresentada à autoridade judicial, não cabe ao intérprete apontar exceções, razão pela qual entendemos que a audiência de custódia também deve ser realizada no caso de prisão para extradição. Embora fazendo menção à duração razoável do processo, e não especificamente à garantia da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial, a Corte IDH já assentou no julgamento do *Caso Wong* que “A Convenção Americana não estabelece uma limitação ao exercício da garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção com base nas causas ou circunstâncias pelas quais a pessoa é retida ou detida”, concluindo que o art. 7.5 “(...) também é aplicável a detenções para fins de extradição como a ocorrida no presente caso” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 269). Assim, ainda que não se trate de um precedente específico sobre a audiência de custódia, a *sinalização* emitida pela Corte IDH nos parece clara no sentido de que o cidadão preso para ser extraditado também é destinatário das garantias previstas no art. 7.5 da CADH. Divergindo da Corte IDH, o STF, provocado pela DPU, decidiu que a audiência de custódia é desnecessária no caso da prisão para extradição (Ext 1.467, rel. min. Roberto Barroso, decisão monocrática proferida em 26.08.2016).

63.3.5. Progressão de Regime *versus* extradição. Durante um longo período, o STF rechaçava a possibilidade do indivíduo preso para fins de extradição progredir de regime, cerceando, de forma desproporcional, a liberdade e um direito subjetivo do encarcerado. Recentemente, tal entendimento foi alterado pelo STF, que passou a admitir a possibilidade de o extraditando progredir de regime, ainda que esteja no aguardo de um desfecho final acerca do seu processo de extradição (Ext 947 QO, rel. min. Ricardo Lewandowski, Plenário, j. 28.05.2014).

63.3.6. Extradição e o sistema da contenciosidade limitada. Em matéria de extradição, vigora no ordenamento jurídico brasileiro o chamado sistema da delibação, também chamado de “sistema belga”. Tal sistema, adotado como regra geral por diversos países – influenciados pela legislação belga de 1874 –, traduz a ideia de que, embora o Poder Judiciário participe do processo de produção do ato de extraditar, este realiza apenas o juízo de delibação ou controle de legalidade extrínseca do pedido cooperacional de extradição¹⁷⁵. Assim, o Poder Judiciário não possui competência para adentrar no mérito da causa estrangeira nem para analisar a prova produzida ou analisar teses como excludentes de ilicitude ou negativa de autoria (STF, Ext 669, rel. min. Celso de Mello, Plenário, j. 06.03.1996).

63.3.7. Extradição *versus* transferência internacional de presos. Em que pese ambos os institutos sejam modalidades de cooperação jurídica internacional, a extradição e a transferência internacional de condenados não se confundem, ainda que o extraditando

iro..., p. 102-104.

¹⁷⁵ Salvo nos casos em que o extraditando é brasileiro naturalizado envolvido com o delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, conforme prevê o art. 5º, LI, da CF/1988. Nesses casos há uma exceção à regra da contenciosidade limitada, já que o STF adentra no mérito para verificar a existência ou não do envolvimento do extraditando, brasileiro naturalizado, com o delito de tráfico de drogas. Nesse sentido, ver: Ext 1.082, rel. min. Celso de Mello, Plenário, j. 19.06.2008.

já tenha sido condenado no país requerente¹⁷⁶. A diferença básica e primordial entre a extradição e a transferência internacional de presos consiste na necessidade da concordância do preso submetido ao pleito cooperacional de transferência internacional, o que não ocorre na extradição, já que a vontade do extraditando pouco importa para a consumação ou não da extradição. Ainda sobre o tema, um breve quadro sinótico:

Extradição <i>versus</i> transferência internacional de presos	
Extradição ativa: é realizada pelo país que promove o pedido extradicional.	Transferência internacional de presos ativa: ocorre quando o brasileiro pretende cumprir o restante da pena no seu território nacional.
Extradição passiva: é a realizada pelo país ao qual é dirigido o pleito extradicional.	Transferência internacional de presos passiva: ocorre quando o estrangeiro que cumpre pena no Brasil objetiva ser transferido para o seu país de origem e lá terminar de cumprir sua pena.

63.3.8. Extradição *versus* crime político. Conforme determina o art. 5º, LII, da CF/1988, “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”. Todavia, em que pese o disposto no preceito constitucional, a doutrina e a jurisprudência dividem os crimes políticos em puros e impuros. Os crimes políticos puros devem ser compreendidos como aqueles de natureza exclusivamente política. Já os crimes políticos impuros (ou relativos) são aqueles que ofendem interesses privados, mas praticados à luz de um motivo político¹⁷⁷. Assim, não havendo a Constituição de 1988 definido o crime político por excelência, ao STF cabe, em face da conceituação da legislação vigente no país, dizer se os crimes pelos quais se postula a extradição constituem infração de natureza política ou não, tendo em vista o sistema da principalidade ou da preponderância¹⁷⁸.

64. Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador

Sentença de 01/09/2015

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

64.1. Resumo do caso

¹⁷⁶ Denomina-se extradição executória aquela em que o Estado requerente objetiva que o indivíduo já condenado volte ao país para cumprir pena. Já nos casos em que o extraditando ainda não foi julgado pelo Estado requerente, dá-se o nome de extradição instrutória.

¹⁷⁷ “Extraditando acusado de transmitir ao Iraque segredo de estado do Governo requerente (República Federal da Alemanha) utilizável em projeto de desenvolvimento de armamento nuclear. Crime político puro, cujo conceito compreende não só o cometido contra a segurança interna, como o praticado contra a segurança externa do Estado, a caracterizarem, ambas as hipóteses, a excludente de concessão de extradição, prevista no art. 77, VII e §§ 1º a 3º, da Lei nº 6.815-80 e no art. 5º, LII da Constituição. Pedido indeferido, por unanimidade” (STF, Ext 700, rel. min. Octávio Gallotti, Plenário, j. 04.03.1998). Nesse mesmo sentido, ver: HUNGRIA, Nelson. A criminalidade política no direito brasileiro. *Revista Forense*, vol. 188, a. 87, mar.-abr. 1960, p. 7.

¹⁷⁸ STF, Ext. 615, rel. min. Paulo Brossard, Plenário, j. 19.10.1994.

Aos 5 anos de idade, Talía Gabriela Gonzales Lluy foi matriculada em uma escola pública, frequentando-a normalmente durante dois meses, até que o diretor foi informado de que era portadora de HIV e decidiu suspender seu comparecimento. Talía Lluy foi contagiada com o vírus do HIV quando tinha 3 anos de idade, numa transfusão de sangue sem prévia realização dos respectivos testes sorológicos. Em fevereiro de 2000, Teresa Lluy, sua mãe, apresentou uma ação de amparo constitucional (mandado de segurança constitucional) contra o Ministério da Educação e Cultura, o diretor e a professora da escola, em razão de uma suposta privação do direito à educação. Nesse mesmo mês, o Poder Judiciário equatoriano indeferiu sua pretensão, considerando que existia um conflito de interesses entre os direitos individuais de Talía Lluy e os interesses dos estudantes, colisão em relação à qual devem prevalecer os direitos sociais ou coletivos. De acordo com as declarações de Talía Lluy e de sua família, elas foram obrigadas a se mudar em várias ocasiões devido à exclusão e à rejeição pela condição da criança.

Após o processamento do caso, a Corte IDH declarou o Estado do Equador internacionalmente responsável por violações aos direitos humanos de Talía Lluy à vida, à integridade pessoal e à educação.

64.2. Pontos importantes

64.2.1. Reconhecimento de forma inédita do fenômeno da interseccionalidade na temática dos direitos humanos. O termo *interseccionalidade* foi criado por Kimberle Crenshaw para retratar a incidência dos mais diversos fatores de discriminação em um caso concreto. Tal necessidade foi verificada a partir do momento em que o caráter universal dos direitos humanos mostrou-se insuficiente para tutelar e salvaguardar os direitos humanos de determinados indivíduos em um caso concreto, já que, por muitas vezes, os fatores de discriminação e opressão, antes de serem devidamente tratados de forma independente e desconexa, acabam por se entrelaçar. É o que ocorre, por exemplo, com uma mulher refugiada, pobre, negra, analfabeta e homossexual, uma vez que a soma de todos esses fatores elencados lhe causaria uma *violação interseccional*¹⁷⁹. O fenômeno da *interseccionalidade* na temática dos direitos humanos foi reconhecido pela primeira vez no

¹⁷⁹ Sobre a temática da *interseccionalidade* na esfera dos direitos humanos, explica André de Carvalho Ramos: “A interseccionalidade na temática dos direitos humanos consiste no estudo sistêmico das diferentes formas de opressão e tratamento discriminatório baseadas em raça, gênero, condição social, idade, orientação sexual, entre outras formas de identidade social, que se inter-relacionam e exigem, por isso, reparações que levem em conta essas especificidades de modo a fomentar a igualdade material e a justiça social. (...) A discriminação interseccional tem como pressuposto a existência de múltiplos fatores referentes à identidade social do indivíduo que, interagindo em sinergia, criam uma carga de discriminação única e distinta da mera soma de discriminações. A singularidade da interseccionalidade na área dos direitos humanos é fruto de três: (i) não ser possível separar os fatores que geram a discriminação, pois há interação entre eles; (ii) o indivíduo que sofre tal discriminação passa por uma experiência única, qualitativamente diferente daquele que sofre uma discriminação isolada; e (iii) a reparação deve levar em conta tal sinergia entre os fatores de discriminação, devendo ser especificamente voltada à superação desses obstáculos sociais à igualdade e à justiça material” (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 298-299). Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver: CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139-167; SILVA, Rodrigo da. *Discriminação Múltipla como Discriminação Interseccional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Caso Gonzales Lluy vs. Equador, já que, segundo a Corte IDH, “(...) no caso de Talía, múltiplos fatores de discriminação e vulnerabilidade se reuniram de forma interseccional, como por exemplo a sua condição de menina, mulher, pessoa em situação de pobreza e as pessoas com HIV. A situação atentatória aos seus direitos humanos foi causada por múltiplos fatores, mas levou a uma forma específica de discriminação resultante da interseção desses fatores, ou seja, se algum destes fatores não existissem, a discriminação teria tido uma natureza diferente. Na verdade, a pobreza impactou o acesso inicial aos cuidados de saúde que não era de qualidade e que, inversamente, gerou a infecção pelo HIV. O impacto da pobreza também na dificuldade de encontrar um melhor acesso à educação e ter uma casa dignos. Mais tarde, como uma criança com HIV, os obstáculos sofridos no acesso à educação tiveram um impacto negativo sobre o seu desenvolvimento, o que é também um impacto diferenciado dado o papel da educação para superar os estereótipos de gênero. (...) Em suma, o caso ilustra que a estigmatização relacionada com o vírus HIV não impacta de forma homogênea todas as pessoas, mas é capaz de gerar os resultados mais graves nos grupos estigmatizados” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 290).

Ainda no cenário da proteção internacional dos direitos humanos, o art. 54, alínea “a”, da Declaração de Durban (*soft law*), firmada na III Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerâncias Correlatas, em setembro de 2001, dispõe que os Estados devem reconhecer que “A violência sexual que tem sido sistematicamente usada como arma de guerra e, algumas vezes, com a aquiescência ou pelo instigamento do próprio Estado, é uma grave violação do direito humanitário internacional o qual, em determinadas circunstâncias, constitui crime contra a humanidade e/ou crime de guerra e que a interseção das discriminações com base em raça e gênero faz com que mulheres e meninas sejam particularmente vulneráveis a este tipo de violência que é frequentemente relacionada ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata”. Portanto, é possível concluir que a Corte IDH considerou que confluíram, de forma *interseccionada*, múltiplos fatores de vulnerabilidade e de risco de discriminação associados à condição da vítima de criança, mulher, pessoa em situação de pobreza e pessoa com HIV. Do mesmo modo, a Corte Interamericana ressaltou que a pobreza teve um impacto no acesso inicial a uma atenção de saúde que não foi de qualidade e que, ao contrário, gerou o contágio com HIV. A situação de pobreza impactou também nas dificuldades para encontrar um melhor acesso ao sistema educativo e conseguir uma moradia digna. Posteriormente, sendo uma criança com HIV, os obstáculos sofridos pela vítima no acesso à educação tiveram um impacto negativo em seu desenvolvimento integral, que possui também um impacto diferenciado quando se leva em consideração o papel da educação para superar os estereótipos de gênero, o que acabou por materializar o fenômeno da *interseccionalidade* na esfera dos direitos humanos.

64.2.2. Possibilidade de equiparar uma pessoa com HIV à condição de pessoa com deficiência, nos termos da Convenção da ONU sobre Pessoa com Deficiência e reconhecimento do modelo social de deficiência pela Corte IDH. No julgamento do *Caso Gonzales Lluy vs. Equador*, a Corte IDH reconheceu a existência de uma discriminação histórica contra as pessoas com HIV em razão das “(...) diferentes crenças sociais e culturais que têm criado um estigma em torno da doença. Assim, a vida com HIV/AIDS, ou mesmo a suposição de que uma pessoa tem, pode criar barreiras sociais e comporta-

mentais para acessá-lo em condições de igualdade a todos seus direitos” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 236). Com o advento da Convenção da ONU sobre Direito das Pessoas com Deficiência, superou-se o *modelo médico* de deficiência, que era aquele que considerava a pessoa com deficiência como uma pessoa “doente” e “defeituosa”, e se passou a adotar o *modelo de direitos humanos*, este último pautado no direito à adaptação razoável e em critérios de acessibilidade universal, como as características da pessoa com deficiência e as barreiras em seu entorno¹⁸⁰. Desse modo, a Corte Interamericana afirmou que que “Como parte da evolução do conceito de deficiência, o modelo social de deficiência entende a deficiência como o resultado da interação entre as características funcionais de uma pessoa e as barreiras em seu entorno. Esta Corte estabeleceu que a deficiência não se define exclusivamente pela presença de uma deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, mas que também se interrelaciona com as barreiras ou limitações que socialmente existem para que as pessoas possam exercer seus direitos de maneira efetiva” (§ 237).

Logo, a partir do conceito supraexposto, a Corte IDH advertiu que o fato de determinado indivíduo possuir o vírus HIV não é, por si só, uma situação geradora de uma deficiência. No entanto, “(...) em algumas circunstâncias, as barreiras atitudinais que enfrenta uma pessoa vivendo com HIV e as circunstâncias geradas pelo seu ambiente de convívio podem lhe colocar em uma situação de deficiência. Em outras palavras, a situação médica de viver com HIV pode potencialmente ser desativada por gerar as barreiras comportamentais e sociais. Assim, a determinação de se alguém pode ser considerado uma pessoa com deficiência depende de sua relação com o ambiente em que vive, e não apenas a uma lista de diagnósticos. Portanto, em algumas situações, as pessoas que vivem com HIV/AIDS podem ser consideradas deficientes sob a conceituação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” (§ 238).

64.3. Conexões com o Direito brasileiro

64.3.1. Transfusão de sangue e janela imunológica. Segundo o entendimento do STJ, o Estado ou o complexo hospitalar nem sempre serão responsabilizados pela contaminação de determinado paciente. Em que pese a responsabilidade seja a regra, nos casos em que a transfusão ocorre no período denominado “janela imunológica”, não há que falar em responsabilidade do hospital ou do Estado. Tal situação ocorre nos casos em que o paciente contaminado apresenta resultados negativos ao hospital (está, portanto, habilitado a realizar a doação de sangue) e, após a realização do procedimento de transfusão de sangue, acaba por contaminar um terceiro indivíduo (REsp 1.322.387, rel. min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 20.08.2013).

¹⁸⁰ A partir da superação do modelo médico de deficiência, a expressão “pessoa portadora de deficiência” passou a ser considerada imprópria, sendo a expressão “pessoa com deficiência” o termo correto para se referir aos integrantes deste grupo vulnerável. Ainda sobre o tema, nota-se que a CF/88 menciona a expressão “pessoa portadora de deficiência” por diversas vezes ao longo do seu texto. Isso ocorre em virtude de a CF/88 ter sido promulgada sob a vigência do modelo médico de pessoa com deficiência. Assim, propomos a realização de uma releitura dos dispositivos constitucionais à luz da própria Convenção da ONU sobre Pessoas com Deficiência, mediante a utilização de um controle de convencionalidade construtivo. Sobre o tema, ver: HEEMANN, Thimotie Aragon. *Breves notas sobre o novo direito das pessoas com deficiência a partir dos influxos do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná, nº 9, 2018, p. 84-102.

64.3.2. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos doadores de sangue em casos específicos. De acordo com a jurisprudência do STJ, “A coleta de sangue de doador, exercida pelo hemocentro como parte de sua atividade comercial, configura-se como serviço para fins de enquadramento no Código de Defesa do Consumidor, de sorte que a regra de foro privilegiado prevista no art. 101, I, se impõe para efeito de firmar a competência do foro do domicílio da autora para julgar ação indenizatória por dano moral em razão de alegado erro no fornecimento de informação sobre doença inexistente e registro negativo em bancos de sangue do país” (REsp 540.922, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 19/09/2009). Assim, nos casos em que o hemocentro exerce a coleta de sangue como parte de sua atividade comercial, é possível invocar o diploma consumerista para tutelar a relação firmada entre hemocentro e doador de sangue.

64.3.3. Constitucionalidade da inclusão de dados sanguíneos na carteira de identidade. No dia 13.08.2014, o STF julgou improcedente as ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra normas estaduais de São Paulo (Lei 12.282/2006) e de Santa Catarina (Lei 14.851/2009), que dispunham sobre a inclusão de dados sanguíneos – tipo e fator RH – na carteira de identidade emitida pelo órgão de identificação estadual. Segundo o STF, o art. 2º da Lei Federal 9.049/1995 autoriza aos órgãos estaduais responsáveis pela emissão da Carteira de Identidade registrarem o tipo sanguíneo e o fator RH, quando solicitados pelos interessados (ADIs 4.007 e 4.343, rel. min. Rosa Weber, Plenário, j. 13.08.2014).

64.3.4. (In)constitucionalidade da doação de sangue por homossexuais. No dia 09.06.2016, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade no STF, com pedido de liminar, contra normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que consideram homens homossexuais temporariamente inaptos para a doação de sangue pelo período de 12 meses a partir da última relação sexual (ADI 5.543, rel. min. Edson Fachin). Para o Partido, na prática, tais normas impedem que homossexuais doem sangue de forma permanente, situação que revela “absurdo tratamento discriminatório por parte do Poder Público em função da orientação sexual”. O julgamento da ADI 5.543 ainda não foi concluído.

64.3.5. Tipificação da conduta de discriminar portadores do vírus HIV em razão desta condição. No dia 02.06.2014, foi promulgada a Lei 12.984/2014, que introduziu no ordenamento jurídico pátrio, com pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, diversas condutas discriminatórias contra o portador do HIV, em razão da sua condição de portador ou de doente, como, por exemplo, a negativa de trabalho ou emprego em razão da condição de portador do vírus HIV, a exoneração ou demissão do seu cargo ou emprego em razão de tal condição, a divulgação da condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade, a negativa de prestação de atendimento de saúde, dentre outras. Tal diploma legislativo simboliza um sinal do Estado brasileiro no combate à discriminação aos portadores do vírus da aids.

64.3.6. Mudança de paradigma: do modelo médico ao modelo de direitos humanos para conceituar pessoa com deficiência. Com o advento da Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, superou-se o modelo médico de deficiência (*medical model*), que era aquele que considerava a pessoa com deficiência como uma pessoa “doente” e “defeituosa”, e passou-se a adotar o modelo de direitos humanos, este último pautado

no direito à adaptação razoável e em critérios de acessibilidade universal e igualdade. Além da Convenção da ONU sobre Pessoas com Deficiência, o recente Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) também adotou o modelo de direitos humanos para conceituar pessoa com deficiência¹⁸¹. Para finalizar este tópico, ressaltamos que todas as normas que envolvam direitos e garantias das pessoas com deficiência devem ser analisadas à luz do princípio do *superior interesse da pessoa com deficiência*, previsto no art. 13 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

65. Caso Ruano Torres vs. El Salvador

Sentença de 05.10.2015

Mérito, reparações e custas

65.1. Resumo do caso

Em agosto de 2000, por volta das 19h, quando o senhor Marroquín estava conduzindo um ônibus de transporte coletivo na cidade de San Salvador, três pessoas que estavam a bordo apontaram uma arma de fogo para o cobrador do ônibus e ordenaram ao condutor do veículo a estacioná-lo. Posteriormente, o senhor Marroquín foi introduzido numa caminhonete e levado a uma zona rural. O senhor Mejía, cobrador do ônibus, se dirigiu até a casa do senhor Marroquín e contou para os familiares deste a respeito do acontecido, assim como apresentou uma denúncia à Polícia Nacional Civil para que o fato fosse investigado. No dia 23 de agosto, os sequestradores entraram em contato com a família do senhor Marroquín e exigiram dinheiro em troca da sua liberação. O senhor Marroquín foi libertado em 26 de agosto. Nos dias seguintes, devido a ameaças recebidas por telefone, entregou a quantia de cinquenta mil colones aos sequestradores. A partir da *colaboração premiada* de um preso chamado Amaya Villalta, preso pelo sequestro de outra vítima, mas supostamente também envolvido no sequestro do senhor Marroquín, a Polícia chegou a José Agapito Ruano Torres, um jovem de 24 anos, que, segundo o colaborador, era conhecido por *El Chopo* e teria sido um dos responsáveis pelo sequestro do senhor Marroquín. Ruano Torres foi preso no dia 17.10.2000, quando se encontrava em seu domicílio junto com sua esposa e seu filho de dois anos de idade. Ruano Torres alega ter sofrido violência e ameaça para que em seu interrogatório dissesse ser *Chopo*. Foi desenvolvido um processo criminal contra Ruano Torres, que, durante a fase instrutória, foi reconhecido pela vítima Marroquín como sendo o autor do sequestro. Em março de 2001, Ruano Torres dirigiu uma petição ao juízo requerendo a substituição da defensora

¹⁸¹ Sobre o modelo de direitos humanos para conceituar pessoa com deficiência, eis a lição de André de Carvalho Ramos: “Já o modelo de direitos humanos (ou modelo social) vê a pessoa com deficiência como ser humano, utilizando o dado médico apenas para definir suas necessidades. A principal característica deste modelo é sua abordagem de ‘gozo dos direitos sem discriminação’. Este princípio de antidiscriminação acarreta a reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a responsabilidade do Estado e da sociedade na efetivação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano” (RAMOS, André de Carvalho. *Linguagem dos direitos e a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências. Direitos humanos e direitos fundamentais*. Diálogos contemporâneos. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 16).

pública que lhe havia sido designada, argumentando que ela se negava reiteradamente a colaborar com ele. Foi designada, portanto, mais uma defensora pública para defender Ruano Torres, junto com outros previamente designados. No entanto, Ruano Torres novamente criticou o trabalho da Defensoria Pública, alegando que a defensora designada se negou a questionar as irregularidades no procedimento de reconhecimento de pessoas. Após sucessivos atos processuais, Ruano Torres foi condenado em outubro de 2001, juntamente com outras pessoas, como coautor do crime de sequestro contra o senhor Marroquín, recebendo uma pena de 15 anos de prisão. A Defensoria Pública não recorreu da sentença condenatória. Em 26 de junho de 2015, Ruano Torres havia cumprido a totalidade da pena que lhe foi imposta.

O Estado demandado reconheceu a sua responsabilidade internacional pela maioria das alegações apresentadas pela CIDH e pelos representantes da vítima. Assim, após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado violou os direitos de Ruano Torres à integridade pessoal (CADH, arts. 5.1 e 5.2), à presunção de inocência (CADH, art. 8.2), à liberdade pessoal (CADH, arts. 7.1, 7.3 e 7.6) e à defesa técnica efetiva (CADH, arts. 8.2.d e 8.2.e), assim como o direito à integridade pessoal dos familiares de Ruano Torres (CADH, art. 5.1). Finalmente, a Corte IDH determinou, entre outras providências, que o Estado a) investigue os policiais responsáveis pelas agressões sofridas por Ruano Torres, b) apure eventual responsabilidade dos defensores públicos que contribuíram com sua atuação para a violação dos direitos de Ruano Torres, c) deixe sem efeito a sentença condenatória proferida contra a vítima, d) coloque uma placa num lugar visível na sede da Defensoria Pública com o propósito de despertar a consciência institucional para evitar a repetição de fatos como os ocorridos neste caso e e) reforce o sistema de seleção de defensores públicos.

65.2. Pontos importantes

65.2.1. Valor probatório da declaração de corréu colaborador. Conforme vimos no resumo do caso, a persecução penal contra Ruano Torres teve início com base na declaração de um corréu, que celebrou com o Ministério Público um acordo de colaboração premiada. Considerando que nem a CIDH nem os representantes discutiram a compatibilidade da colaboração premiada com a CADH, a Corte Interamericana resolveu não se manifestar sobre esse ponto, afirmando, porém, “(...) a limitada eficácia probatória que deve ser atribuída à declaração de um corréu, para além do seu conteúdo específico, quando é a única prova em que se fundamenta uma decisão de condenação, pois objetivamente não seria suficiente por si só para desvirtuar a presunção de inocência”. Assim, concluiu a Corte IDH que “(...) fundamentar uma condenação sobre a base de uma declaração de um corréu, sem que exista outros elementos de corroboração, viola a presunção de inocência” (Mérito, reparações e custas, § 133).

65.2.2. Importância e extensão do direito de defesa. Um dos principais temas do *Caso Ruano Torres* diz respeito à importância e à extensão do direito de defesa, considerado pela Corte IDH um componente central do devido processo, que obriga o Estado a tratar o indivíduo a todo momento como um verdadeiro sujeito, e não como objeto do processo. Por isso, a Corte IDH reiterou seu entendimento de que o direito à defesa deve acompanhar o indivíduo desde quando é apontado como possível autor ou partícipe de um

crime até a etapa da execução da pena, assegurando-se as condições para que tanto a defesa pessoal quanto a defesa técnica sejam regularmente exercidas (Mérito, reparações e custas, § 153).

65.2.3. O direito à assistência jurídica no processo penal para quem possui condições financeiras de constituir advogado. Começemos pelo ponto tranquilo: quando a pessoa não dispõe de recursos financeiros para constituir advogado de sua confiança, o Estado deve lhe proporcionar um defensor sem qualquer custo. Agora enfrentemos a seguinte questão: se o acusado, possuindo condições financeiras, não constitui advogado de sua confiança, ainda assim o Estado deve lhe proporcionar um defensor? Vejamos.

A CADH estabelece como *garantia mínima* de toda pessoa acusada de um delito o “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei” (art. 8.2.e). Perceba-se, portanto, que a CADH não condiciona o direito à assistência jurídica gratuita no processo penal à hipossuficiência financeira, bastando a inatividade do acusado para nomear advogado. Diversamente, a CEDH prevê que o acusado tem direito a “Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor de sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem” (art. 6.3.c). O PIDCP, por sua vez, dispõe que toda pessoa acusada de um delito tem direito a ser informada, caso não tenha defensor, “do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo” (art. 14.3.d). Assim, enfrentando o tema a partir da CADH, a Corte Interamericana decidiu que, quando o processo for de natureza penal, em que a defesa técnica é irrenunciável, “(...) a exigência de contar com um advogado que exerça a defesa técnica para confrontar adequadamente o processo implica que a defesa proporcionada pelo Estado não se limite unicamente àqueles casos de falta de recursos” (Mérito, reparações e custas, § 155).

Finalmente, concluiu a Corte IDH que “A instituição da Defensoria Pública, através do oferecimento de serviços públicos e gratuitos de assistência jurídica, permite, sem dúvida, compensar adequadamente a desigualdade processual em que se encontrem as pessoas que enfrentam o poder punitivo do Estado, assim como a situação de vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade e garantir-lhes um acesso efetivo à justiça em termos iguais” (Mérito, reparações e custas, § 156)¹⁸².

65.2.4. Efetividade da defesa técnica prestada pela Defensoria Pública e autonomia funcional. A Corte IDH afirmou no julgamento do *Caso Ruano Torres* que a defesa técnica prestada pela Defensoria Pública não deve ser concebida apenas como uma *formalidade processual*, exigindo-se, ao contrário, que o defensor público atue de forma diligente com o fim de proteger as garantias processuais do acusado e evite que seus direitos sejam violados. Para isso, a Corte Interamericana entende que é “(...) necessário que a instituição da defesa pública, como meio através do qual o Estado garante o direito irrenunciável de todo acusado de delito de ser assistido por um defensor, seja dotada de garantias suficientes para sua atuação eficiente e em igualdade de armas com o poder acusatório”,

¹⁸² Sobre o tema, ver: PAIVA, Caio. *Prática penal para Defensoria Pública...*, p. 139-141.

concluindo que o Estado deve adotar todas as medidas adequadas para “(...) contar com defensores idôneos e capacitados que possam atuar com autonomia funcional” (Mérito, reparações e custas, § 157). Sobre esse tema, importante destacar, ainda, que a OEA tem instado os Estados a criarem a instituição oficial da Defensoria Pública e lhe outorgarem autonomia¹⁸³.

65.2.5. Responsabilidade internacional do Estado pela atuação deficiente da Defensoria Pública em matéria penal. A Corte IDH enfrentou no julgamento do *Caso Ruano Torres* um tema muito interessante, que já havíamos comentado brevemente nas considerações sobre o *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*: a possibilidade de o Estado ser internacionalmente responsabilizado pela atuação deficiente da sua instituição Defensoria Pública. A Corte Interamericana inicia esclarecendo que nem sempre o Estado pode ser responsabilizado pelas falhas da Defensoria Pública, em especial quando a instituição gozar de autonomia e seus membros possuírem independência funcional (Mérito, reparações e custas, § 163). A Corte IDH prossegue dizendo – ainda sobre o que não implica em responsabilidade do Estado – que “(...) uma discrepância não substancial com a estratégia de defesa ou com o resultado de um processo não será suficiente para gerar implicações quanto ao direito de defesa (...)” (Mérito, reparações e custas, § 166). Na sequência, em importante *diálogo de cortes* com tribunais nacionais de países da região, a Corte Interamericana indicou – em rol não exaustivo – algumas hipóteses em que pode ocorrer a violação do direito de defesa: a) não desenvolver uma mínima atividade probatória; b) inatividade argumentativa em favor dos interesses do acusado; c) carência de conhecimento técnico-jurídico do processo penal; d) falta de interposição de recursos em detrimento dos direitos do acusado; e) indevida fundamentação dos recursos interpostos; e f) abandono da defesa (Mérito, reparações e custas, § 166).

Finalmente, considerando que o membro da Defensoria Pública que atuou em favor do senhor Ruano Torres, entre outras falhas e omissões, não requereu a nulidade de uma diligência defeituosa de reconhecimento de pessoas e também não interpôs recurso contra a condenação, a Corte IDH entendeu que foi violado o seu direito de defesa (Mérito, reparações e custas, § 167), conclusão que a Corte Interamericana alcançou tendo em vista, ainda, que competia ao Poder Judiciário exercer um *controle* a respeito da atuação da Defensoria Pública, pois é sua função assegurar que “(...) o direito à defesa não se torne ilusório através de uma assistência jurídica ineficaz” (Mérito, reparações e custas, § 168). Assim, para efeito de síntese, podemos dizer que a Corte Interamericana considera possível que o Estado seja responsabilizado pela atuação deficiente da Defensoria Pública, desde que as falhas ou as omissões sejam graves o bastante para não serem confundidas com mera discrepância de estratégia – o que estaria *dentro* do âmbito da autonomia funcional da instituição e da independência funcional dos membros –, sendo que a ausência de *controle* pelo Poder Judiciário pode deixar ainda mais evidente a responsabilidade estatal.

65.2.6. Medida de reparação simbólica consistente na fixação de uma placa na sede

¹⁸³ Conferir, entre outras, as Resoluções 2.801/2013 – *Rumo à autonomia da Defensoria Pública oficial como garantia do acesso à justiça* e 2.821/2014 – *Rumo à autonomia e fortalecimento da Defensoria Pública oficial como garantia de acesso à justiça*.

da Defensoria Pública com o nome de Ruano Torres. Os representantes da vítima requereram à Corte IDH uma medida de reparação simbólica bastante *ostensiva* a nosso ver, consistente na determinação para que o Estado colocasse uma placa na sede da Defensoria Pública com o nome do senhor Ruano Torres. A Corte IDH acolheu esse pedido e considerou que a fixação da placa teria como propósito “(...) despertar a consciência institucional para evitar a repetição de fatos como os ocorridos no presente caso” (Mérito, reparações e custas, § 225).

Embora compreendamos o valor *simbólico* dessa medida, não estamos convencidos da sua pertinência. Será que a colocação dessa placa não geraria uma sensação de desconfiança em relação ao trabalho da Defensoria Pública, afastando ou preocupando os destinatários do serviço? A Corte IDH poderia ter indeferido a pretensão dos representantes da vítima e fixado uma medida de reparação simbólica menos *ostensiva*, como, por exemplo, um ato público e oficial da Defensoria Pública de desculpas ao senhor Ruano Torres.

65.2.7. Melhoria no sistema de seleção e de capacitação dos defensores públicos. Consideramos totalmente oportuna a medida de reparação determinada pela Corte IDH no sentido de que o Estado deverá melhorar e fortalecer, em prazo razoável, o sistema de seleção e de preparação dos defensores públicos, desenvolvendo, ainda, protocolos para assegurar a eficácia da gestão da defesa pública em matéria penal. A Corte também advertiu sobre a importância do sistema de formação contínua para os defensores públicos, que deve conter, entre outros, cursos ou módulos sobre os parâmetros internacionais em direitos humanos, especialmente no que se refere às garantias do devido processo e ao direito de defesa, incluindo o conhecimento sobre a jurisprudência da Corte Interamericana (Mérito, reparações e custas, §§ 234 e 235).

65.3. Conexões com o Direito brasileiro

65.3.1. Inconvencionalidade parcial do art. 341, § único, do CPC. Conforme anotamos anteriormente, a Corte IDH afirmou no julgamento do *Caso Ruano Torres vs. El Salvador* que a defesa técnica prestada pela Defensoria Pública não deve ser concebida apenas como uma *formalidade processual*, exigindo-se, ao contrário, que o defensor público atue de forma diligente com o fim de proteger as garantias processuais do acusado e evite que seus direitos sejam violados. Assim, considerando, de acordo com a lição de Vitor Fonsêca, que “(...) de uma forma ou de outra, a internacionalização dos direitos humanos atingiu o processo, seja ele penal ou civil”¹⁸⁴, e ainda, levando em conta a jurisprudência consolidada da Corte IDH no sentido de que as garantias do devido processo previstas no art. 8º da CADH se aplicam a qualquer processo (administrativo, trabalhista, criminal, cível etc.), entendemos que o precedente firmado no julgamento do *Caso Ruano Torres*, embora construído no contexto de um processo criminal, deve se estender ao processo civil. É por isso que sustentamos a inconvencionalidade parcial do art. 341, § único, do CPC, segundo o qual “O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial”, compreendendo que o ônus da impugnação especificada somente não se aplica ao curador especial, sem excluir,

¹⁸⁴ FONSÊCA, Vitor. *Processo Civil e Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2018, p. 32.

portanto, o defensor público e o advogado dativo, sob pena de consentirmos com uma defesa técnica materialmente ineficaz.

66. Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala

Sentença de 19.11.2015

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

66.1. Resumo do caso

Os fatos deste caso se inserem dentro de um contexto de altos níveis de violência contra as mulheres na Guatemala, assim como de impunidade generalizada dos responsáveis. Claudina Velásquez Paiz tinha 19 anos e se encontrava cursando Licenciatura em Ciências Jurídicas e Sociais quando, no dia 12.08.2005, saiu acompanhada de seu irmão rumo à Universidade. Pela noite, Claudina foi a uma festa e o último contato telefônico que fez com a sua família ocorreu próximo da meia-noite. Após isso, os familiares perderam contato com Claudina, que não voltou para casa. Já durante a madrugada, por volta das 2h50min, os pais de Claudina ligaram para a Polícia Nacional Civil, tendo recebido como resposta apenas que os policiais sairiam para uma busca, mas que somente poderiam reportar Claudina como desaparecida após 24 horas. Após um dia do desaparecimento, o corpo da vítima foi encontrado com sinais de violência e de agressão sexual. Não houve uma investigação adequada para processar e punir os responsáveis.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado violou os direitos à vida e à integridade pessoal de Claudina Velásquez Paiz (CADH, arts. 4.1 e 5.1), assim como as obrigações estabelecidas no art. 7º da Convenção de Belém do Pará. A Corte IDH também decidiu que o Estado violou, entre outros, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (CADH, arts. 8.1 e 25.1) e o direito à igual proteção da lei (CADH, art. 24).

Finalmente, a Corte Interamericana determinou que o Estado a) investigasse e punisse os responsáveis pela morte da vítima, b) incluísse no currículo do Sistema Educativo Nacional um programa de educação continuada sobre a necessidade de erradicar a violência de gênero, os estereótipos de gênero e a violência contra a mulher na Guatemala, e também que c) pagasse indenização por danos material e moral aos familiares da vítima.

66.2. Pontos importantes

66.2.1. Inclusão da perspectiva de gênero na investigação. A Corte IDH ressaltou que, nos casos de violência contra a mulher, as autoridades estatais devem iniciar de ofício e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 145). A Corte Interamericana ainda advertiu que o dever de investigar tem alcances adicionais quando se trata de mulher que tenha sofrido uma morte, maus-tratos ou violação contra sua liberdade pessoal no contexto geral de violência contra as mulheres, projetando para as autoridades estatais a obrigação de investigar de ofício as possíveis conotações discriminatórias por razão de gênero num ato de violência

praticado contra uma mulher, especialmente quando existam indícios concretos de violência sexual. Por isso, nestes casos, concluiu a Corte IDH que “(...) a investigação penal deve incluir uma perspectiva de gênero e realizar-se por funcionários capacitados em casos similares e em atenção às vítimas de discriminação e violência por razão de gênero” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 146).

66.2.2. O estereótipo de gênero e a justificativa da violência contra a mulher que a culpa e a trata como “merecedora” da violência. A Corte IDH se deparou com um cenário muito grave na Guatemala, em que o Estado não somente falhou na investigação da morte da vítima, como também assim o fez mediante sucessivas condutas de autoridades estatais que discriminaram a senhora Claudia Velásquez Paiz mediante estereótipos de gênero, extraindo conclusões precipitadas e preconceituosas em relação ao seu modo de vestir, aos acessórios que utilizava e à sua vida social e noturna. Temos no julgamento do *Caso Velásquez Paiz* um precedente importantíssimo contra o machismo enraizado na sociedade e contra uma política estatal discriminatória que fez (e ainda faz) vítimas por todo o continente americano. A Corte Interamericana censurou de forma contundente o comportamento das autoridades estatais guatemaltecas, que acabavam fazendo da mulher responsável ou *merecedora* de ter sido atacada. Assim, afirmou a Corte IDH que rechaça “(...) toda prática estatal mediante a qual se justifica a violência contra a mulher e a culpa por isso, toda vez que valorações dessa natureza mostram um critério discricionário e discriminatório com base na origem, condição e/ou comportamento da vítima pelo só fato de ser mulher”, concluindo que “(...) estes estereótipos de gênero são incompatíveis com o direito internacional dos direitos humanos e se devem tomar medidas para erradicá-los aonde eles existem” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 183). Traduzindo o entendimento da Corte IDH para termos mais simples, com os quais estamos de pleno acordo: a mulher usa a roupa que ela quiser, os acessórios que bem entender e frequenta os lugares que desejar. Da mesma forma no que diz respeito à sua vida social e noturna. Nada disso autoriza nem justifica a violência – sobretudo sexual – cometida contra a mulher, que é vítima e jamais corresponsável do machismo¹⁸⁵.

66.2.3. Forma de se vestir e exercício do direito à liberdade de expressão. Embora se trate de assunto relacionado ao tópico anterior, abrimos esse em separado para destacar o importante voto do juiz Roberto Caldas no julgamento do *Caso Velásquez Paiz*, em que afirma ser a forma de se vestir um meio legítimo para exercer o direito à liberdade de expressão dos seres humanos, e isso porque “A vinculação da liberdade de expressão resulta do fato de que a escolha individual da vestimenta e dos acessórios que modificam a aparência física serve para exteriorizar a adesão a determinado grupo ou cultura, manifestação que, por isso mesmo, tem conteúdo político relevante” (§ 8º). E prossegue o juiz Roberto Caldas para dizer que o Estado tem a obrigação de garantir “(...) um ambiente seguro para que toda mulher que decida manifestar domínio sobre seu próprio corpo, usando roupas diferentes daquelas incentivadas pela sociedade, possa fazê-lo” (§ 9º). Roberto Caldas ressalta, ainda, que os fatos do *Caso Velásquez Paiz* têm semelhança com o que ocorreu no Canadá em 2011, que repercutiu muito na imprensa internacional

¹⁸⁵ Sobre o tema, ver: *Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres*. CIDH, 2015. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10240.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

e em movimentos sociais e feministas de vários países, quando um policial de Toronto, ao se referir a uma onda de violações sexuais num campus universitário, sugeriu que as mulheres deveriam evitar se vestir como prostitutas, culpando as próprias vítimas de contribuir com as violências sofridas. E segue Caldas descrevendo a reação contra essa fala do policial de Toronto:

“A reação nos meios de defesa de direitos humanos e femininos foi imediata, levando à criação de uma organização não governamental transnacional denominada “SlutWalk” (em inglês), “Marcha das Vadias” (em português) e “Marcha das Putas” (em espanhol), que passou a defender o direito feminino de se vestir como bem entendam, assim como o direito de ir e vir aonde pretendam, sem o risco de serem molestadas, agredidas ou violadas sexualmente. O nome do movimento foi propositadamente incisivo porque muitas mulheres, especialmente jovens, se identificaram com as vítimas quanto a preferir usar roupa curta ou sensual, mas que de nenhuma maneira queriam assumir riscos por tais condutas. Então consideraram que, se as vítimas pareciam prostitutas, elas também se autodenominariam assim em solidariedade, para protestar por seus direitos de ir e vir, e sua liberdade de vestir (expressão), inclusive de esperar dos homens um comportamento adequado dentro da lei, sem cometer qualquer violência criminosa, e do Estado a proteção sob uma perspectiva de respeito ao gênero feminino” (§ 12)¹⁸⁶.

66.2.4. Sobre o movimento ElesPorElas (HeForShe) de solidariedade da ONU Mulheres pela igualdade de gênero. Consideramos oportuno registrar a importante atuação da ONU Mulheres por meio do movimento ElesPorElas (HeForShe), que consiste num “(...) esforço global para envolver homens e meninos na remoção das barreiras sociais e culturais que impedem as mulheres de atingir seu potencial, e ajudar homens e mulheres a modelarem juntos uma nova sociedade”. Para mais informações sobre esse movimento da ONU: <<http://www.onumulheres.org.br/esporelas/>>.

67. Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname

Sentença de 25.11.2015

Mérito, reparações e custas

67.1. Resumo do caso

Os fatos deste caso se referem aos Povos Kaliña e Lokono, integrados por oito comunidades tradicionais, que tiveram suas terras ancestrais ocupadas pela instalação de diversos empreendimentos para extração de minério e outras atividades comerciais. A demanda chegou até a CIDH, que não conseguiu resolvê-la, razão pela qual a submeteu à jurisdição da Corte Interamericana.

¹⁸⁶ Para quem possui um interesse especial no assunto da violência de gênero contra a mulher, recomendamos a leitura na íntegra do voto do juiz Roberto Caldas no *Caso Velásquez Paiz vs. Guatemala*, disponível no site da Corte IDH.

Após o processamento do caso, a Corte IDH declarou que o Estado do Suriname é responsável pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à propriedade coletiva, aos direitos políticos, à identidade cultural e ao dever de adotar disposições de direito interno.

67.2. Pontos importantes

67.2.1. Convencionalidade do fenômeno conhecido como “dupla afetação das terras indígenas”. O fenômeno conhecido como *dupla afetação das terras indígenas* consiste em compatibilizar a proteção, em uma mesma propriedade, de interesses e direitos ambientais e direitos das comunidades tradicionais. No julgamento do *Caso Povos Kaliña e Lokono*, a Corte Interamericana decidiu que “Em princípio, existe uma compatibilidade entre áreas ambientais protegidas e o direito dos povos indígenas e tribais na proteção dos recursos naturais em seus territórios, notando que os povos indígenas e tribais, por sua interação com a natureza e os modos de vida, podem dar um importante contributo para essa conservação” (Mérito, reparações e custas, § 181). Para viabilizar o fenômeno da dupla afetação das terras indígenas, a Corte Interamericana fixou alguns parâmetros, sendo eles: a) a participação efetiva; b) o acesso e uso dos territórios tradicionais; e c) o recebimento de benefícios resultantes da conservação. Ainda sobre este ponto, a Corte IDH afirmou que é necessário que o Estado conte com mecanismos adequados para a implementação desses critérios.

67.2.2. Reconhecimento da obrigação de realizar os estudos de impacto ambiental (EIA) como forma de proteção dos direitos das comunidades tradicionais e o fenômeno do esverdeamento dos direitos humanos (*greening*). Conforme estabelece o art. 7.3 da Convenção 169 da OIT: “Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas”. Assim, a Corte IDH, ao se deparar com a necessidade de avaliar ou não a figura dos estudos de impacto ambiental (EIA), afirmou que “Os estudos de impacto ambiental devem respeitar as tradições e a cultura dos povos indígenas e que um dos objetivos da exigência de tais estudos é garantir o direito dos povos indígenas de ser informado em todos os empreendimentos em seu território. Portanto, a obrigação do Estado para supervisionar esses estudos coincide com o seu dever de garantir a efetiva participação de pessoas indígenas” (Mérito, reparações e custas, § 215).

A sinalização da Corte Interamericana no *Caso Povos Kaliña e Lokono* revela verdadeira manifestação do *esverdeamento dos direitos humanos*¹⁸⁷, fenômeno que está cada vez mais

¹⁸⁷ Sobre o tema, as palavras de Mazzuoli: “O chamado *greening* – ou ‘esverdeamento’ – é o fenômeno que ocorre quando se tenta (e se consegue) proteger direitos humanos de cunho ambiental nos sistemas regionais de direitos humanos, que são sistemas aptos (em princípio) a receber queixas e petições que contenham denúncias de violação de direitos civis e políticos” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Prefácio em TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *Greening no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2011). Ainda sobre o fenômeno do *esverdeamento dos direitos humanos*, a doutrina especializada criou uma interpretação para a classificação das gerações de direitos huma-

presente na jurisprudência da Corte IDH. O *greening* ou *esverdeamento dos direitos humanos* busca salvaguardar direitos de cunho ambiental nos sistemas regionais de direitos humanos, que foram concebidos em sua origem para receber denúncias ou queixas sobre violações de direitos civis e políticos. Assim, é possível afirmar que, no *Caso Povos Kalina e Lokono vs. Suriname*, houve um verdadeiro “esverdeamento dos direitos humanos”, eis que as normas ambientais foram protegidas, ainda que de maneira indireta pela Corte Interamericana, que reconheceu uma *inconvenionalidade verde*¹⁸⁸ no caso em questão.

67.3. Conexões com o Direito brasileiro

67.3.1. Unidades de conservação e comunidades tradicionais. A Lei 9.985/2000 regula no Brasil o assunto das unidades de conservação. Nesse sentido, a própria lei prevê expressamente o fenômeno da dupla afetação das terras indígenas, uma vez que é possível vislumbrar no corpo do texto legal a existência de três unidades de conservação nas quais se admite a habitação de comunidades tradicionais e a proteção ambiental, sendo elas: a) Reserva Extrativista; b) Floresta Nacional; e c) Reserva de Desenvolvimento Sustentável. Assim, é possível afirmar que a proteção ambiental e a proteção dos direitos dos povos tradicionais andam juntos, havendo uma sinergia que compatibiliza a coexistência desses direitos, não havendo que falar em precedência incondicionada de um direito sobre outro.

67.3.2. Constitucionalidade do fenômeno conhecido como “dupla afetação das terras indígenas”. Ao analisar o célebre caso Raposa Serra do Sol (PET 3.388), o STF atestou a constitucionalidade do fenômeno conhecido como “dupla afetação das terras indígenas”. Assim, é possível afirmar que a dupla afetação das terras indígenas passou pela teoria do duplo controle, uma vez que a Corte IDH e o STF possuem o mesmo entendimento acerca da sua viabilidade.

68. Caso Duque vs. Colômbia

Sentença de 26.02.2016	<i>Exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 21/11/2016	<i>Interpretação da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>

68.1. Resumo do caso

nos. Segundo Costas Douzinas, os direitos de primeira geração seriam “direitos azuis”, uma vez que simbolizam a liberdade individual, os direitos humanos de segunda geração seriam “direitos vermelhos”, uma vez que simbolizam as reivindicações de igualdade e garantias de um padrão de vida decente, e os direitos humanos de terceira geração seriam “direitos verdes”, uma vez que retratam a proteção ambiental e a autodeterminação dos povos. Para um maior aprofundamento sobre essa classificação, ver: COSTAS Douzinas. *O fim dos direitos humanos*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2008.

¹⁸⁸ A *inconvenionalidade verde* consiste, a nosso ver, na declaração exarada por uma autoridade pública que, no exercício do controle de convencionalidade, reconhece que determinado ato normativo interno viola, ainda que de forma indireta, valores ambientais previstos nos tratados internacionais de direitos humanos que compõem o bloco de convencionalidade.

No dia 26 de fevereiro de 2016, a Corte IDH julgou o *Caso Duque vs. Colômbia* e declarou a responsabilidade internacional do Estado colombiano. A controvérsia girava em torno da negativa do Estado colombiano em conceder o benefício denominado “pensão por morte” ao sr. Ángel Alberto Duque, postulado após o falecimento do seu companheiro. O Estado colombiano negou a concessão do benefício em razão da existência de dispositivo legal, no ordenamento jurídico colombiano, que impedia os companheiros do mesmo sexo de receberem pensão na hipótese de um deles vir a falecer. O entrave foi denunciado à CIDH, que, após infrutíferas tentativas de resolvê-lo, o submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Dessa forma, a Corte IDH reconheceu o direito à pensão por morte do sr. Duque em razão do falecimento do seu companheiro, condenando o Estado colombiano pela negativa de implementação do benefício em virtude de uma questão de gênero, afinal, segundo a Corte Interamericana, a orientação sexual não é fator idôneo para não se reconhecer o direito à pensão por morte em razão do falecimento de companheiro.

68.2. Pontos importantes

68.2.1. A orientação sexual não pode ser entendida como fator determinante para impedir a obtenção do benefício denominado pensão por morte. Em conformidade com o que a Corte IDH já havia decidido no julgamento do *Caso Atala Riffo*, também aqui, no *Caso Duque*, assentou que nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno pode diminuir ou restringir os direitos de uma pessoa a partir de sua orientação sexual, reiterando que a CADH proíbe a discriminação em geral, incluindo nessas categorias a orientação sexual. Assim, a Corte Interamericana concluiu que “(...) o Estado é responsável pela violação do direito à igualdade e à não discriminação contida no artigo 24 da Convenção, em conjunto com o artigo 1.1, em detrimento do senhor Angel Duque, em razão da negativa de concessão do benefício de pensão por morte com fulcro na legislação interna da Colômbia” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 138). Nesse mesmo precedente, a Corte IDH também reiterou o caráter de norma de *jus cogens* do princípio da igualdade e não discriminação.

68.3. Conexões com o Direito brasileiro

68.3.1. Possibilidade de obter o benefício previdenciário denominado pensão por morte. Outro dado importantíssimo de ser ressaltado sobre o *Caso Duque* é que a jurisprudência internacional e a jurisprudência dos tribunais superiores do Estado brasileiro estão em convergência, uma vez que o STF (RE 477.554 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 16.08.2011) e o STJ (REsp 395.904, rel. min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, j. 13.12.2005) admitem a possibilidade de se obter o benefício previdenciário denominado pensão por morte, ainda que a relação seja entre pessoas do mesmo sexo.

68.3.2. Cirurgia de redesignação sexual custeada pelo SUS e alteração do nome. Inicialmente alertamos para o fato de que, à luz do arcabouço normativo interno e da proteção internacional dos direitos humanos, o ideal é se referir ao procedimento médico como “cirurgia de redesignação sexual” ou “transgenitalização”, uma vez que não há mudança de sexo propriamente dita, mas apenas a adequação do sexo da pessoa à sua

identidade de gênero¹⁸⁹. Recentemente, os tribunais superiores reconheceram a possibilidade de alteração do nome da pessoa transgênero ou transexual independentemente da realização da cirurgia de redesignação sexual¹⁹⁰. O STF também enfrentou o tema no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, reconhecendo ainda a possibilidade de que a alteração do nome da pessoa transgênero seja feita a qualquer tempo e pela via extrajudicial, sem a necessidade de provocação do Poder Judiciário¹⁹¹. Observamos que os recentes entendimentos jurisprudenciais do STF e do STJ estão em conformidade com a jurisprudência da Corte IDH (OC-24/2017).

Outra questão polêmica diz respeito ao custeio da cirurgia de mudança de sexo pelo Sistema Único de Saúde (SUS), que, no entanto, tem sido realizada desde 2008, já que em 2007 o processo transexualizador deixou de ser uma cirurgia experimental¹⁹².

68.3.3. Incidência da inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal de 1988, mesmo nos casos oriundos de relação homoafetiva. Segundo o entendimento do TSE, os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de união estável ou casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal de 1988, denominada *inelegibilidade reflexa* (REspe 24.564, rel. min. Gilmar Mendes, j. 01.10.2004).

69. Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala

Sentença de 29.02.2016

Exceção preliminar, mérito, reparações e custas

69.1. Resumo do caso

A senhora María Inés Chinchilla havia sido detida em maio de 1995 e nesse mesmo ano foi condenada a 30 anos de prisão pelos delitos de assassinato e furto qualificado. O cumprimento da sua pena acontecia no Centro de Orientação Feminina (COF), onde morreu em 25/05/2004 com 51 anos de idade. A senhora Chinchilla sofria de muitas enfermidades enquanto esteve presa, sendo frequentemente atendida por médico do próprio COF ou por médicos de hospitais públicos. Consta dos autos que Chinchilla foi diagnosticada pouco depois da sua prisão com doenças cardíacas e ginecológicas, além de diabetes, utilizando cadeira de rodas para se locomover em razão de ter tido uma das pernas amputadas. Consta, ainda, que Chinchilla padecia de cáries e espaços desdentados. Entre muitas consultas e internações de emergências, após idas e vindas entre hospitais e o COF, a senhora Chinchilla acabou falecendo na data já mencionada em virtude de um infarto agudo no miocárdio e de diabetes mellitus tipo II. Entre novembro

¹⁸⁹ Sobre a gramática de direitos humanos LGBTI+, ver: HEEMANN, Thimotie Aragon. *A concretização de direitos humanos da população LGBTI no Estado brasileiro a partir de um diálogo com a jurisprudência internacional*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná n. 10, 2019, p. 223-255.

¹⁹⁰ STJ, REsp 1.626.739, rel. min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 09.05.2017; STF, RE 670.422, rel. min. Dias Toffoli, Plenário, j. 15.08.2018.

¹⁹¹ STF, ADI 4.275, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão min. Edson Fachin, Plenário, j. 01.03.2018.

¹⁹² Sobre o tema, ver também os comentários ao *Caso Luiza Melinho vs. Brasil*, na CIDH.

de 2002 e março de 2004, o defensor público que acompanhava a execução da pena da senhora Chinchilla promoveu quatro incidentes de liberdade antecipada, demonstrando em todos que as enfermidades (terminais) da ré impossibilitavam a sua permanência no estabelecimento penal. Todos esses incidentes foram julgados improcedentes pelo Judiciário guatemalteco. O Ministério Público iniciou uma investigação a respeito da morte da senhora Chinchilla, opinando ao final pelo arquivamento em razão de não ter havido a prática de crime. O Poder Judiciário concordou com o MP e o caso foi arquivado.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que a Guatemala foi responsável pela violação dos direitos humanos da senhora Chinchilla à integridade pessoal, à vida e à proteção judicial.

69.2. Pontos importantes

69.2.1. Direito à vida e à saúde das pessoas privadas de liberdade. Estabelece o art. 5.2 da CADH que “(...) Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. A Corte IDH reiterou, inicialmente, o seu entendimento de que o Estado se encontra numa *posição especial de garante* em relação às pessoas privadas de liberdade. Na sequência, com base no princípio da não discriminação, a Corte Interamericana ressaltou que “(...) o direito à vida das pessoas privadas de liberdade também implica a obrigação do Estado de garantir sua saúde física e mental, especificamente mediante a provisão de revisão médica regular e, quando assim se requeira, de um tratamento médico adequado, oportuno e (...) especializado e de acordo com as especiais necessidades de atenção que requeiram as pessoas detidas em questão” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 171).

No âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos, as Regras de Mandela estabelecem uma série de comandos protetivos a respeito do direito à saúde das pessoas privadas de liberdade, estabelecendo, por exemplo, que “O provimento de serviços médicos para os presos é uma responsabilidade do Estado. Os presos devem usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade, e os serviços de saúde necessários devem ser gratuitos, sem discriminação motivada pela sua situação jurídica” (Regra 24)¹⁹³. Sobre o tema, a Corte Interamericana convergiu no julgamento do *Caso Chinchilla* e afirmou que “Os serviços de saúde devem manter um nível de qualidade equivalente àquele oferecido a quem não está privado de liberdade”, e isso porque “A saúde deve ser entendida como uma garantia fundamental e indispensável para o exercício dos direitos à vida e integridade pessoal, o que implica obrigações para os Estados de adotar disposições de direito interno, incluindo práticas adequadas, para zelar pelo acesso igualitário à atenção da saúde das pessoas privadas de liberdade, assim como pela disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade de tais serviços” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 177). A Corte IDH ainda advertiu que, em razão do controle que o Estado exerce sobre a pessoa privada de liberdade e o consequente controle dos meios de prova sobre sua condição física, condições de detenção e eventual atenção médica, é dele – do Estado – “(...) a carga probatória de verificar que foram respeitados e garantidos adequadamente os direitos da pessoa privada de liberdade no caso

¹⁹³ Para um detalhamento maior, ver as Regras de 24 a 35.

que se apresente um sofrimento de saúde que requeira a prestação adequada e eficiente do serviço médico” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 173).

69.2.2. Pessoas privadas de liberdade com enfermidades graves, crônicas ou terminais e permanência em estabelecimentos carcerários. Diretamente ligado com o tópico anterior, abrimos este em separado para destacar o entendimento da Corte IDH de que “(...) as pessoas privadas de liberdade que sofram enfermidades graves, crônicas ou terminais não devem permanecer em estabelecimentos carcerários, salvo quando os Estados possam assegurar que têm unidades adequadas de atenção médica para lhes oferecer uma atenção e tratamento especializado adequados, que inclua espaços, equipe e pessoal qualificado (de medicina e enfermaria)” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 184). E prossegue a Corte para detalhar essa obrigação dos Estados, quando entendem por manter presas pessoas com enfermidades graves, crônicas ou terminais: “(...) o Estado deve oferecer alimentos adequados e dietas estabelecidas para cada caso de pessoas que sofram deste tipo de enfermidades. Os processos de alimentação devem ser controlados pelo pessoal do sistema penitenciário, de conformidade com a dieta prescrita pelo pessoal médico, e sob os requisitos mínimos estabelecidos para o respectivo fornecimento. Em qualquer caso, e mais ainda se a pessoa está evidentemente enferma, os Estados têm a obrigação de assegurar que se mantenha um registro ou expediente sobre o estado de saúde e tratamento de toda pessoa que ingressa num centro de privação de liberdade, seja no próprio lugar ou nos hospitais ou centros de atenção onde deva receber o tratamento” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 184).

No caso de o Estado entender por manter presa a pessoa com enfermidade terminal, justificando que o estabelecimento penal dispõe de condições para o tratamento, sem nos posicionar, convidamos o leitor para as seguintes reflexões: a) haveria um *direito de morrer em paz* a impedir a manutenção da prisão no caso de pessoa com enfermidade terminal?; e b) existe finalidade readaptadora (ou ressocializadora) da pena quando a pessoa presa está com enfermidade terminal?

69.2.3. Pessoas com deficiência privadas de liberdade. Outro ponto importante do julgamento pela Corte IDH do *Caso Chinchilla* diz respeito ao direito de acessibilidade das pessoas com deficiência privadas de liberdade, o que compreende o dever do Estado de “(...) ajustar um ambiente no qual um sujeito com qualquer limitação pode funcionar e gozar da maior independência possível, para que participe plenamente em todos os aspectos da vida em igualdades de condições com as demais” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 214). Assim, é preciso que os Estados compreendam que a privação de liberdade de uma pessoa inevitavelmente lhe coloca numa posição de *garante*, e se a pessoa tiver algum tipo de deficiência – sobretudo de locomoção, como no *Caso Chinchilla* –, a responsabilidade do Estado será *agravada*, devendo assegurar condições de acessibilidade para evitar o risco da discriminação em relação à pessoa com deficiência.

69.3. Conexões com o Direito brasileiro

69.3.1. Condições de acessibilidade nos estabelecimentos penais brasileiros. Em agosto de 2015, as Defensorias Públicas da União e do Estado de São Paulo remeteram um ofício ao Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, expondo as faltas de condições

de acessibilidade e segurança nas prisões brasileiras para acomodar pessoas com deficiência.

70. Caso Flor Freire vs. Equador

Sentença de 31.08.2016

Exceção preliminar, mérito, reparações e custas

70.1. Resumo do caso

O caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado do Equador em razão das decisões que levaram ao desligamento do sr. Homero Flor Freire das Forças Armadas com base nas regras então vigentes da disciplina militar, que determinavam o desligamento das Forças Armadas equatorianas de todo e qualquer indivíduo autor de “atos homossexuais”. A controvérsia também girou em torno dos procedimentos administrativos utilizados no âmbito das Forças Armadas equatorianas para excluir o sr. Flor Freire. Após a infrutífera tentativa de solucionar o caso concreto, a CIDH submeteu a demanda à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Processado o caso, a Corte IDH declarou a responsabilidade do Estado do Equador, reconhecendo que a orientação sexual não é um critério idôneo para a exclusão de determinado indivíduo das Forças Armadas. Assim, uma série de reparações foram fixadas, como, por exemplo, a fixação de indenização para o sr. Flor Freire, a ordem para que ele fosse reincorporado, ainda que como inativo (já que, diante do grande transcurso de tempo, a vítima não poderia voltar à ativa nas Forças Armadas), além de instituição de programas de capacitação no combate à discriminação por orientação sexual no interior das Forças Armadas equatorianas.

70.2. Pontos importantes

70.2.1. A orientação sexual não deve ser fator determinante para selecionar quem deve ou não ser membro das Forças Armadas. Tal como tem decidido o TEDH¹⁹⁴, a Corte IDH também se pronunciou no julgamento do *Caso Flor Freire* no sentido da inconveniência de se considerar a orientação sexual como fator determinante para selecionar quem deve ou não ser membro das Forças Armadas. Trata-se de um precedente importante contra a homofobia e a discriminação de natureza sexual que tradicionalmente estiveram incorporadas no regime disciplinar e hierárquico das Forças Armadas.

70.2.2. Reconhecimento do princípio da igualdade e da não discriminação como norma de *jus cogens*. A Corte Interamericana indicou que, no atual estágio da proteção internacional dos direitos humanos, o princípio da igualdade e da não discriminação teria

¹⁹⁴ Nos Casos *Lusting-Prean e Breckett vs. Reino Unido* e *Smith e Grey vs. Reino Unido* (ambos julgados em 27/09/1999), o TEDH declarou ser inconveniente e atentatório ao direito à privacidade e à dignidade humana a política britânica de proibição de homossexuais nas Forças Armadas, rechaçando os argumentos de ordem hierárquica, disciplinar e psicológica invocados pelo governo britânico. Ainda nesse sentido é o entendimento da Corte Constitucional da Colômbia: “a condição de homossexual, por si só, não pode ser motivo para exclusão das Forças Armadas” (Sentença T-097 de 7 de março de 1994).

ingressado no domínio do *jus cogens* (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 109), entendimento que já havia sido adotado no julgamento do *Caso Atala Rizzo*.

70.2.3. Necessidade de capacitar os membros das Forças Armadas e os agentes encarregados dos procedimentos disciplinares sobre o tema “proibição de discriminação por orientação sexual”. Em que pese a Corte IDH tenha reconhecido uma pequena melhora na postura dos agentes das Forças Armadas desde a data dos fatos ocorridos, condenou o Estado do Equador a capacitar os agentes das Forças Armadas em matéria de proibição de discriminação por orientação sexual. Nota-se, assim, o intuito da Corte em atuar sob uma perspectiva preventiva, buscando evitar a existência de situações análogas no interior das Forças Armadas¹⁹⁵. Nesse sentido, as palavras da Corte IDH: “Em consideração aos fatos apurados e as violações encontradas neste caso, este Tribunal considera essencial a profissionalização dos membros das forças armadas e agentes responsáveis por processos disciplinares militares acerca da proibição da discriminação por motivo de orientação sexual, com o intuito de evitar a repetição de eventos como os que ocorreram neste caso. Deste modo, o Tribunal considera que o Estado deve implementar, de forma contínua e razoável, programas de formação e educação aos membros das Forças Armadas equatorianas sobre a proibição da discriminação baseada na orientação sexual, a fim de assegurar que a orientação sexual não constitua motivo para justificar um tratamento discriminatório no interior das Forças Armadas. Tais programas devem fazer parte dos cursos formação de oficiais militares” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 238).

70.3. Conexões com o Direito brasileiro

70.3.1. O STF reconheceu a não recepção de expressões discriminatórias contidas no art. 235 do Código Penal Militar. Em conformidade com o que a Corte IDH decidiu no julgamento do *Caso Flor Freire*, o STF julgou parcialmente procedente a ADPF 291, que questionava a recepção do art. 235 do Código Penal Militar (CPM). O CPM trata como crime sexual a “pederastia ou outro ato de libidinagem” e estabelece pena de detenção de seis meses a um ano ao “militar que praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar”. O STF declarou como não recepcionados pela Constituição Federal os termos “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, expressos no dispositivo do CPM (ADPF 291, rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, j. 28/10/2015)¹⁹⁶. Cumpre observar, portanto, que a Corte Interamericana e o STF estão em convergência na defesa dos direitos das minorias LGBTQI+. A decisão do STF foi, inclusive, citada pela Corte IDH no *Caso Flor Freire* (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 134).

¹⁹⁵ A proteção internacional dos direitos humanos pode se dar sob duas perspectivas: a *perspectiva pré-violatória*, na qual os Estados e até mesmo os tribunais internacionais de direitos humanos buscam atuar de forma preventiva, evitando as violações de direitos humanos, e a *forma pós-violatória*, que consistiria na atuação dos Estados e dos tribunais internacionais após a ocorrência de determinada violação de direitos humanos.

¹⁹⁶ A decisão do STF converge com a Recomendação nº 23 do Relatório da Comissão Nacional da Verdade, que recomendou a exclusão da referência à homossexualidade no dispositivo que estabelece ser crime “praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar” (Vol. 1, 2014, p. 972).

70.3.2. Reconhecimento dos Princípios de Yogyakarta pelo STF. Os Princípios de Yogyakarta foram confeccionados por uma Comissão Internacional de Juristas entre os dias 6 e 9 de novembro de 2006, em uma reunião na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia. Esses princípios têm o objetivo de auxiliar a aplicação da legislação internacional de direitos humanos acerca da orientação e identidade de gênero. Os vinte e nove mandamentos de Yogyakarta proíbem qualquer tipo de discriminação, seja de gênero, seja em função da orientação ou preferência sexual. Para um maior aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a leitura dos vinte e nove Princípios de Yogyakarta. Ressaltamos que os Princípios de Yogyakarta foram mencionados pelo min. Celso de Mello em seu voto no julgamento da ADI 4.227 (sobre uniões homoafetivas).

70.3.3. Direito a banheiros. O tema do “direito a banheiros” está em pauta no Estado brasileiro e consiste na possibilidade de os transgêneros utilizarem o banheiro do sexo com o qual se identificam. A matéria está pendente de julgamento no STF e já conta com parecer do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot pela possibilidade de os transgêneros utilizarem os banheiros do gênero com o qual se identificam (RE 845.779, rel. min. Roberto Barroso)¹⁹⁷.

70.3.4. Criminalização da homofobia e decisão do STF. Em que pese a prática de homofobia seja considerada crime em alguns países, o Brasil ainda não tipificou tal conduta em seu ordenamento jurídico. Nesse sentido, o STF decidiu por unanimidade rejeitar a denúncia da Procuradoria-Geral da República contra o deputado Marco Feliciano pelo crime de discriminação, em razão de frases supostamente homofóbicas. O min. Roberto Barroso declarou que, embora a conduta seja extremamente reprovável, não seria possível tipificar penalmente o delito, ante a carência de lei que regule a conduta no ordenamento jurídico brasileiro (Inq 3.590, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. 12.08.2014). No entanto, recentemente, no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4.733, o Plenário do STF, vencido apenas o ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese:

“1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a complementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, ‘in fine’);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limite o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes

¹⁹⁷ A peça, que menciona casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Princípios de Yogyakarta, pode ser encontrada neste link: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/portal_factory/copy_of_pdfs/re-845779-versao-final.pdf>.

das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teleológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBT+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito”.

71. Caso I.V. vs. Bolívia

Sentença de 30.11.2016	<i>Exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 25.05.2017	<i>Interpretação da sentença</i>

71.1. Resumo do caso

A senhora I.V. nasceu no Peru em maio de 1964. Em 1982, teve a sua primeira filha. Em 1991, teve a sua segunda filha. Em 1993, mudou-se para La Paz, na Bolívia, tendo obtido em 1994 o título de refugiada. Em fevereiro de 2000, ao tomar conhecimento da existência do seguro universal materno infantil e do seguro básico de saúde, a senhora I.V., que estava com 35 anos de idade e grávida da sua terceira filha, começou a frequentar o Hospital da Mulher de La Paz para receber o tratamento de saúde pré-natal. Em 01/07/2000, a senhora I.V. ingressou no Hospital da Mulher de La Paz por causa de uma ruptura espontânea de membranas, quando estava com 38.5 semanas de gestação. Tendo o médico constatado que ela já havia tido uma cesárea prévia, que não estava em trabalho de parto e que o feto se encontrava em situação transversa, decidiu submeter a senhora I.V. a uma cesárea. Após a finalização do parto, enquanto a senhora I.V. ainda estava sob os efeitos da anestesia epidural, os médicos realizaram na vítima uma cirurgia de ligadura das trombas de Falópio. Durante o pós-operatório, o médico ginecologista solicitou que se buscasse o marido da senhora I.V. a fim de que ele autorizasse a realização da cirurgia da ligadura das trompas de Falópio. No entanto, o marido da vítima não foi

localizado. A senhora I.V. negou de forma consistente ante os tribunais internos e também durante o procedimento na CIDH e na Corte IDH que houvesse autorizado verbalmente a realização daquela cirurgia, alegando que somente foi informada a respeito desta um dia após o parto, em visita recebida de um médico residente. A ligadura das trompas de Falópio provocou na senhora I.V. sentimentos de angústia e frustração, pois para ela seu direito de ser mãe novamente havia sido mutilado, sentindo-se “menos mulher pelo fato de não poder ter mais filhos”.

Após o processamento do caso, a Corte IDH primeiro ressaltou que “(...) o consentir de maneira informada a respeito da procedência de uma intervenção médica com consequências permanentes no aparato reprodutivo como ligadura das trompas de Falópio pertence à esfera autônoma e à vida privada da mulher, a qual poderá eleger livremente os planos de vida que considera mais apropriados, em particular, se deseja ou não manter sua capacidade reprodutiva, o número de filhos que deseja ter e o intervalo entre estes” (Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 162), concluindo, depois, que apesar de existir uma normativa geral a respeito do tema no Estado da Bolívia, não foram adotadas as medidas preventivas regulatórias necessárias que estabeleceriam com clareza a obrigação médica de obter o consentimento em casos como o da vítima I.V., faltando o Estado, por isso, com seu dever de atuar com devida diligência para prevenir que ocorresse uma esterilização não consentida ou involuntária. E assim, portanto, a Corte Interamericana declarou a Bolívia responsável internacionalmente por violar os direitos da vítima I.V. à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à dignidade, à vida privada e familiar, de acesso à informação e à fundar uma família, todos garantidos pela CADH.

Entre as medidas de reparação, a Corte IDH determinou que o Estado demandado publicasse e distribuisse uma cartilha que desenvolvesse de forma objetiva, clara e acessível os direitos das mulheres a respeito da saúde sexual e reprodutiva, devendo conter expressa menção a temas como consentimento informado, discriminação baseada em gênero e estereótipos e violência de gênero.

71.2. Pontos importantes

71.2.1. Ato médico e consentimento informado. A Corte IDH ressaltou no julgamento do *Caso I.V.* que o Estado tem uma obrigação positiva – denominada na sentença de *obrigação de transparência ativa* – de transmitir de ofício as informações necessárias às pessoas para que estas possam compreender e acessar os serviços de saúde, tomando suas decisões com liberdade e conhecimento pleno a respeito do assunto, circunstância que tem relevo especial em se tratando da saúde sexual e reprodutiva (Exceções..., §§ 156 e 157). Assim, para a Corte Interamericana, “(...) o consentimento informado do paciente é uma condição *sine qua non* para a prática médica, a qual se baseia no respeito à sua autonomia e à sua liberdade para tomar suas próprias decisões de acordo com seu plano de existência. Em outras palavras, o consentimento informado assegura o efeito útil da norma que reconhece a autonomia como elemento indissolúvel da dignidade da pessoa” (Exceções..., § 159).

Na sequência, a Corte IDH indicou os elementos que compõem o *consentimento informado*: a) caráter prévio – deve preceder a realização do ato médico, não sendo possível convalidá-lo após o ato. Apenas excepcionalmente, nos casos em que a vida ou a saúde

do paciente esteja em grave risco, é que se poderá praticar imediatamente o ato médico. Ainda sobre este elemento, a Corte advertiu que a intervenção cirúrgica da ligação das trompas de Falópio, cujo propósito é prevenir uma gravidez futura, “(...) não pode ser caracterizada como um procedimento de urgência ou emergência de dano iminente, de tal modo que esta exceção não lhe é aplicável” (Exceções..., § 177); b) caráter livre – o consentimento deve ser livre, voluntário, autônomo, sem pressões ou desinformação; e c) caráter pleno e informado – dada a gravidade da esterilização, impõe-se, ainda, que o consentimento seja dado por escrito.

72. Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua

Sentença de 08.05.2018

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

72.1. Resumo do caso

O caso se refere à responsabilidade internacional do Estado de Nicarágua pela suposta falta de resposta estatal frente à violação sexual cometida pelo pai da vítima, uma menina que no momento dos fatos tinha oito anos de idade. Também se alega que o Estado violou os direitos à integridade pessoal, à dignidade, à vida privada e à autonomia, à igualdade e não discriminação, assim como à proteção especial da criança, particularmente pelo descumprimento do dever de investigar com a devida diligência, em prazo razoável e em conformidade com uma perspectiva de gênero, a violação dos direitos humanos da vítima.

Segundo consta do processo, o acusado de ter cometido o crime de violação sexual contra a sua filha foi preso e submetido a julgamento pelo tribunal do júri, no qual foi absolvido por decisão dos jurados e, consequentemente, libertado da prisão por ordem do Poder Judiciário. A imparcialidade dos jurados foi questionada em recurso da acusação, que alegou diversas nulidades no julgamento, como, por exemplo, subornos praticados pela defesa do acusado em relação aos jurados. O recurso da acusação foi julgado procedente, declarando-se, assim, a nulidade do julgamento. Posteriormente, em recurso da defesa, o Poder Judiciário reconheceu a validade do primeiro julgamento – em que o réu foi absolvido –, rejeitando os argumentos da acusação.

A família que integra o polo passivo da presente demanda perante a Corte, composta pela mãe e suas filhas, mudou-se para os Estados Unidos da América, onde conseguiram asilo, e restaram afetadas psicologicamente por todos os constrangimentos sofridos no país de origem.

Após o processamento do caso, a Corte decidiu que o sistema processual de julgamento por jurados é compatível com a Convenção Americana, mas que, no caso concreto, em razão de vício de imparcialidade, favoreceu a impunidade de uma grave violação de direitos humanos das vítimas. Por isso, a Corte estabeleceu, dentre outros pontos, que:

1. O Estado é responsável pela violação dos direitos à integridade pessoal, às garantias judiciais, à vida privada e familiar, à proteção judicial, tanto por

ação quanto por omissão.

2. O Estado é responsável pela violação das garantias do devido processo relacionadas à imparcialidade objetiva e à interdição da arbitrariedade.
3. O Estado é responsável pela violação da garantia da razoável duração do processo.
4. O Estado é responsável pelo descumprimento de sua obrigação de garantir, sem discriminação por motivos de sexo e gênero, assim como pela condição de pessoa em desenvolvimento da vítima, o direito de acesso à justiça.
5. O Estado é responsável pela violação da proibição de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.
6. O Estado é responsável pela violação dos direitos à residência e à proteção da família.
7. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal.

Finalmente, a Corte fixou as medidas de reparação¹⁹⁸, entre as quais destacamos as seguintes:

1. O Estado deve, dentro de um prazo razoável, determinar, por meio das instituições públicas competentes, as eventuais responsabilidades dos funcionários que contribuíram com sua atuação para a prática de atos de revitimização e violência institucional em prejuízo de V.R.P., e na medida que corresponda, aplicar as consequências que lei estabeleça.
2. O Estado deve pagar às vítimas as quantias estabelecidas para cobrir despesas de tratamento médico, psicológico e/ou psiquiátrico.
3. O Estado deve pagar à V.R.P. a quantia estabelecida para arcar com gastos necessários para a conclusão de sua formação profissional no lugar onde resida.
4. O Estado deve criar e implementar uma figura especializada que garanta assistência jurídica gratuita às crianças e adolescentes vítimas de delitos, especialmente de violência sexual.
5. O Estado deve pagar as quantias fixadas para fins de indenização por dano material e moral.

72.2. Pontos importantes

72.2.1. Primeiro caso sobre abuso sexual contra criança. O *Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua* ofereceu à Corte Interamericana a primeira oportunidade de se manifestar sobre abuso sexual contra criança, possibilitando a fixação de deveres fundamentais para o Estado na persecução penal desse crime, o que foi estabelecido a partir de um enfoque interseccional, levando-se em conta a condição de gênero e a idade da vítima.

72.2.2. Efetiva participação de crianças e adolescentes em processos penais na condição

¹⁹⁸ Nesse precedente, de forma excepcional, a Corte não determinou que o Estado investigasse, julgasse e, se fosse o caso, punisse o responsável, pois o pai da vítima, apontado como autor dos fatos, já havia falecido.

de vítimas. A Corte Interamericana ressaltou a importância de se assegurar às crianças e adolescentes a efetiva participação em processos penais na condição de vítimas, fazendo constar da sua decisão, porém, que:

“(…) conceber tal participação somente em termos da prova que possa oferecer não corresponde à sua qualidade [da criança] de sujeito de direito, já que deveria se encontrar legitimada a atuar em seu próprio interesse como sujeito participante no processo. Para isso, é necessário que se ofereça à menina, desde o início do processo e durante todo o desenrolar deste, a informação relativa à seu procedimento, assim como sobre os serviços de assistência jurídica, de saúde e demais medidas de proteção disponíveis” (§ 160).

72.2.3. Assistência jurídica gratuita para crianças e adolescentes independentemente dos recursos econômicos dos seus genitores. A Corte estabeleceu um dever importante para os Estados no julgamento do *Caso V.R.P., V.P.C. e outros* para que sejam superados os obstáculos para se efetivar o direito de acesso à justiça, consistente no fornecimento gratuito de assistência jurídica de um advogado especializado em criança e adolescência, independentemente dos recursos econômicos dos genitores e, inclusive, da opinião destes (§ 161).

72.2.4. Participação da criança ou adolescente vítima no processo penal de apuração do crime de abuso sexual e revitimização. A Corte advertiu que as meninas vítimas de violência sexual podem experimentar graves consequências físicas, psicológicas e emocionais causadas pelo fato violatório de seus direitos, assim como uma nova vitimização por parte de órgãos do Estado quando participam do processo penal. Para evitar isso, a Corte Interamericana fixou alguns deveres para os Estados, dentre eles o de oferecer assistência imediata e profissional, tanto médica quanto psicológica e/ou psiquiátrica, a cargo de profissionais capacitados na atenção de vítimas deste tipo de delitos e com perspectiva de gênero e infância (§ 165). Além disso, a Corte ressaltou que os Estados devem garantir que “(…) o processo se desenvolva num ambiente que não seja intimidatório, hostil, insensível ou inadequado à idade da vítima e que o pessoal encarregado de receber o relato esteja devidamente capacitado na matéria, de modo que aquela se sinta respeitada e segura no momento de expressar sua opinião (…)” (§ 166). Sobre a forma de a autoridade judicial colher a declaração da criança vítima de abuso sexual, a Corte fez as seguintes observações:

“(…) a entrevista deverá ser conduzida por um psicólogo especializado ou um profissional de disciplinas afins devidamente capacitado na tomada desse tipo de declarações. Esse profissional permitirá à criança ou adolescente expressar-se da maneira que quiser e de forma adaptada a seu requerimento, não podendo ser interrogada de forma direta pelo tribunal ou pelas partes. A entrevista buscará obter informação precisa, confiável e completa do ocorrido através do relato da vítima. Para isso, as salas de entrevistas devem estar em ambiente seguro e não intimidatório, hostil, insensível ou inadequado (…), que lhes ofereça privacidade e confiança. Além disso, deve ser assegurado que as crianças e adolescentes não sejam interrogadas em mais ocasiões que as estritamente necessárias, atendendo a seu

interesse superior, para evitar a revitimização ou um impacto traumático. A Corte ressalta que vários países têm adotado, como uma boa prática, o uso de dispositivos especiais como a Câmara de Gesell ou Circuitos fechados de televisão (...) que permitem às autoridades e às partes acompanhar o desenvolvimento da declaração da criança ou adolescente do exterior, a fim de minimizar qualquer efeito revitimizante. Essas boas práticas para garantir os direitos das crianças e adolescentes vítimas durante sua declaração em processos judiciais têm sido implementadas, com diferentes alcances, por Estados Partes da Convenção Americana (...). Além disso, recomenda-se a gravação em vídeo das declarações das crianças e adolescentes vítimas para não repetir o ato. Estas ferramentas tecnológicas não somente evitam a revitimização da criança ou adolescente vítima e a deterioração das provas, como também garante o direito de defesa do acusado" (§ 168).

Sobre a realização de exame físico em crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, a Corte ressaltou o seguinte:

"(...) as autoridades devem evitar na medida do possível que [as vítimas] sejam submetidas a mais de uma avaliação física, já que poderia ser revitimizante. O exame médico nesses casos deve ser realizado por um profissional com amplo conhecimento e experiência em casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, que buscará minimizar e evitar lhes causar um trauma adicional ou revitimizá-los. É recomendável que a vítima, ou se for o caso o seu representante legal, possa escolher o sexo do profissional e que o exame fique a cargo de um profissional de saúde especialista em ginecologia infanto-juvenil, com formação específica para realizar os exames médicos forenses em casos de abuso e violação sexual. Além disso, o exame médico deve estar condicionado ao consentimento informado da vítima ou de seu representante legal, segundo seu grau de maturidade, levando-se em conta o direito da criança ou adolescente a ser ouvido em lugar adequado e respeitando-se seu direito à intimidade e privacidade, permitindo a presença de um acompanhamento de confiança da vítima. (...) a Corte considera que a solicitação para se realizar uma perícia ginecológica deve ser motivada detalhadamente e, no caso de não ser deferida ou não contar com o consentimento informado da vítima, o exame deve ser omitido, o que em nenhuma circunstância deve servir de argumento para desacreditá-la e/ou impedir uma investigação" (§ 169).

72.2.5. Aplicação das garantias que compõem o devido processo não somente para pessoas acusadas de um delito. No julgamento do *Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua*, a Corte Interamericana teve a oportunidade de explicitar um entendimento que vinha sendo construído na sua jurisprudência, segundo o qual as garantias que compõem o devido processo não se aplicam somente para as pessoas acusadas de um delito – como sugere uma interpretação literal do art. 8.2 da Convenção Americana –, estendendo-se também para as vítimas do crime (ou seus familiares), a quem deve ser assegurado o efetivo acesso à justiça. Disso resulta, portanto, o caráter *bilateral* das garantias judiciais previstas no art. 8º da CADH. Nesse sentido, a Corte fez a seguinte observação:

“No presente caso, quem se reputa presumida vítima da violação destas garantias [do art. 8º da CADH] não é o acusado do delito, destinatário originário de toda a arquitetura iluminista que procurava colocar um fim ao avanço do poder punitivo do Estado, mas sim a vítima do delito e sua mãe. Nessa medida, a Corte recorda que ‘as garantias devidas’ do art. 8.1 da Convenção amparam o direito a um devido processo do acusado e, em casos como o presente, também protegem os direitos de acesso à justiça da vítima de um delito ou de seus familiares e a conhecer a verdade dos familiares” (§ 218).

72.2.6. Convencionalidade do julgamento por jurados. A Corte Interamericana se deparou no julgamento do *Caso V.R.P., V.P.C. e outros* com um tema inédito em sua jurisprudência, consistente na compatibilidade do sistema processual de julgamento por jurados com as normas da Convenção Americana. A Corte afirmou inicialmente que, a princípio, nada exclui da incidência das garantias judiciais previstas no art. 8º da CADH o sistema de julgamento por jurados, e isso porque os redatores da Convenção não tinham em mente um sistema processual penal específico (§ 219). Conforme mencionou a Corte, nesse sentido também já se manifestaram o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (*Caso Taxquet vs. Bélgica*) e o Comitê de Direitos Humanos da ONU (*Caso John Wilson vs. Austrália*) (§§ 220 e 221). Na sequência, a Corte Interamericana fez o registro de que, dos 35 países membros da OEA, 21 adotam o julgamento por jurados para determinados crimes, sendo o “modelo clássico” o mais utilizado na região, em que os leigos deliberam e emitem um veredicto de culpabilidade ou inocência, enquanto que o juiz técnico realiza a dosimetria da pena (§ 223). Diante desse contexto, conforme muito bem esclareceu a Corte:

“A informação anterior não implica que os sistemas de julgamento por jurados sejam deixados ao arbítrio do desenho estatal ou que a legislação interna tenha proeminência sobre os requisitos convencionais, mas sim que o desenho dos ordenamentos processuais deve responder aos postulados de garantia que exige a Convenção Americana. Nesta medida que a Corte exercerá seu controle de convencionalidade para examinar se os procedimentos, tal como foram desenhados e implementados pelo Estado, se ajustam aos parâmetros estabelecidos pelo artigo 8º” (§ 225).

O primeiro ponto específico enfrentado pela Corte Interamericana no trabalho de analisar a convencionalidade do sistema processual do júri foi se a imparcialidade deve ser exigida dos jurados, ao que a Corte respondeu afirmativamente, fazendo as seguintes considerações:

“Este Tribunal tem estabelecido que a imparcialidade exige que o juiz que intervenha numa disputa particular se aproxime dos fatos da causa carecendo, de maneira subjetiva, de todo prejuízo e, além disso, oferecendo garantias suficientes de índole objetiva que permitam eliminar qualquer dúvida que o jurisdicionado ou a comunidade possam ter a respeito da ausência de imparcialidade. (...) A garantia da imparcialidade implica que os integrantes do tribunal não tenham um interesse direto, uma posição tomada, uma preferência por alguma das partes e que não se encontrem envolvidos na

controvérsia, e que inspirem a confiança necessária às partes no caso, assim como aos cidadãos numa sociedade democrática. A imparcialidade pessoal ou subjetiva se presume a menos que exista prova em contrário, consistente, por exemplo, na demonstração de que algum membro de um tribunal ou juiz tenha prejuízos ou parcialidades de índole pessoal contra os litigantes. Por sua vez, a denominada imparcialidade objetiva consiste em determinar se o juiz questionado ofereceu elementos convincentes que permitam eliminar temores legítimos ou fundadas suspeitas de parcialidade sobre sua pessoa. A Corte adverte que esses parâmetros são aplicáveis também aos membros do júri" (§ 239)¹⁹⁹.

O ponto seguinte no trabalho da Corte de analisar a convencionalidade do sistema processual de julgamento por jurados se relacionou com o dever de motivação e as garantias contra a arbitrariedade da decisão. Sobre o dever de motivação das decisões judiciais, a Corte anotou que esta garantia: a) protege o direito ao devido processo; b) está relacionado com a correta administração da justiça; c) outorga credibilidade às decisões judiciais, demonstrando que as partes foram ouvidas; d) proporciona a possibilidade de exercer o direito ao duplo grau; e) cria condição para exercício do direito de defesa; f) não exige uma resposta detalhada sobre todo argumento das partes; g) no âmbito penal, serve também para assegurar o princípio da presunção de inocência, já que permite a quem foi submetido ao poder penal do Estado compreender as razões pelas quais foi possível obter convicção sobre a imputação e a responsabilidade penal, assim como a apreciação das provas para rejeitar qualquer hipótese de inocência, e somente assim confirmar a hipótese acusatória (§§ 255 e 256). Na sequência, a Corte Interamericana enfrentou (e rejeitou) o argumento da CIDH, segundo o qual o sistema de livre convencimento dos jurados – sem a exteriorização da motivação da decisão – seria incompatível com a CADH, decidindo que:

"(...) o argumento da Comissão, quanto a sustentar que o fato de que o veredicto absolutório imotivado implica por si só uma violação ao artigo 8.1 da Convenção Americana, resulta numa afirmação geral e abstrata, que não pode ser aceita sem uma argumentação ou análise do contexto histórico, social e cultural em que se desenvolveram os modelos de processo penal nos países do continente americano (...). E isso porque, histórica e tradicionalmente, o veredicto do jurado num sentido clássico não exigia uma motivação ou exteriorização da fundamentação, já que a apreciação da prova se baseava na íntima convicção dos julgadores. Nesse sentido, a Corte nota que a Comissão não expôs um raciocínio que ecoe as particularidades da figura do jurado desde a óptica processual (...) ao abordar a questão de sua convencionalidade.

A Corte estima, como já o fez o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que a falta de exteriorização da fundamentação do veredicto não viola por si só a garantia da motivação. Com efeito, todo veredicto sempre é motivado, embora, como corresponde à essência do júri, não seja expresso. Mas o veredicto deve permitir que, à luz das provas e do debate na audiência,

¹⁹⁹ A Corte Interamericana mencionou que esse também é o entendimento do TEDH (*Caso Hanif e Khan vs. Reino Unido*).

quem o valora possa reconstruir o curso lógico da decisão dos jurados, que incorreria em arbitrariedade caso essa reconstrução não fosse viável, de acordo com as diretrizes racionais” (§§ 258 e 259).

E a Corte Interamericana prossegue, estabelecendo que:

“A íntima convicção não é um critério arbitrário. A livre valoração que faz o jurado não é substancialmente diferente da que pode realizar um juiz técnico, pois somente não a expressa. Definitivamente, qualquer tribunal (técnico ou popular) deve reconstruir um fato passado, para o qual utiliza a lógica metodológica que é comum a qualquer pessoa, pois não depende da formação ou treinamento jurídico. Toda pessoa que deve reconstruir um fato do passado, consciente ou inconscientemente, emprega o método histórico, ou seja, num primeiro momento delimita as provas que levará em conta (heurística); na sequência valora se essas provas não são materialidade falsas (crítica externa); depois valora a verossimilitude do conteúdo das provas (crítica interna) e, finalmente, chega à síntese. Quem valora o veredicto de um jurado, necessariamente deve reconstruir esse caminho, não bastando para descartá-lo qualquer critério diferente acerca das críticas. Para descartar o veredicto de um jurado deve se verificar que a síntese se distancie diretamente da lógica metodológica histórica antes referida, que é o que sucede no caso.

Consequentemente, a Corte considera que o que corresponde analisar é se o procedimento penal em seu conjunto ofereceu mecanismos de proteção contra a arbitrariedade e que permitiram compreender as razões do veredicto – não limitado ao acusado, mas também à vítima ou à parte acusadora. Essencialmente, a necessidade de que o acusado e a vítima do delito ou a parte acusadora compreendam as razões da decisão de culpabilidade ou inocência, que o jurado adota através de seu veredicto, mantém plena vigência, como garantia contra a arbitrariedade” (§§ 262 e 263).

72.2.7. Atuação da Defensoria Pública Interamericana. As vítimas do *Caso V.R.P., V.P.C. e outros* contaram, no procedimento perante a Corte, com a assistência jurídica da Defensoria Pública Interamericana, tendo sido designadas – pela AIDEF – defensoras públicas interamericanas oriundas da Guatemala e da República Dominicana.

72.3. Conexões com o Direito brasileiro

72.3.1. Depoimento sem dano ou especial no Brasil. Conforme informou a Corte IDH no julgamento do *Caso V.R.P., V.P.C. e outros* (nota de rodapé nº 233):

“No Brasil, se utiliza o circuito fechado de televisão (CCTV). Em 2003, na Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, se iniciou a experiência do ‘Depoimento Sem Dano’. Em 23 de novembro de 2010 o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação nº 33, na qual se recomenda a utilização do ‘Depoimento Especial’ nos processos judiciais para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Em 4 de abril

de 2017 o Brasil sancionou a Lei nº 13.431, que regula a escuta especializada no 'Depoimento Especial'.

Vejamos o tratamento dado pela Lei nº 13.341/2017 à escuta especializada e ao depoimento especial:

"DA ESCUTA ESPECIALIZADA E DO DEPOIMENTO ESPECIAL

Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

Art. 9º A criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento.

Art. 10. A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.

§ 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova:

I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos;

II - em caso de violência sexual.

§ 2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal.

Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

§ 1º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.

§ 2º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha.

§ 3º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.

§ 4º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo.

§ 5º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha.

§ 6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça”.

73. Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala

Sentença de 22.11.2004

Mérito, reparações e custas

73.1. Resumo do caso

Segundo a CIDH, em 03.07.1993 a comitiva do jornalista e político Jorge Carpio Nicolle foi cercada por mais de quinze homens armados num município da Guatemala, que, depois de identificá-lo, atiraram contra ele à queima-roupa. No atentado perderam a vida, além de Carpio Nicolle, outras três vítimas. A Comissão alegou que a comitiva foi atacada por membros das Patrulhas de Autodefesa Civil (PAC) de San Pedro de Jocopilas. Além disso, a CIDH argumentou que houve irregularidades no processo penal contra os autores do fato, assim como uma falta de investigação e punição dos autores materiais e intelectuais do atentado.

Sobre o contexto social da Guatemala na época dos fatos, extraímos a seguinte passagem da decisão da Corte IDH:

“Na Guatemala, entre 1962 e 1996 ocorreu um conflito armado interno, no qual estima-se mais de duzentas mil vítimas de execuções arbitrárias e desaparecimentos forçados, produto da violência política. As forças do Estado e grupos paramilitares, como as Patrulhas de Autodefesa Civil ou os Comitês Voluntários de Defesa, cometeram a grande maioria destas violações aos direitos humanos.

As Patrulhas de Autodefesa Civil nasceram no início dos anos oitenta como grupos civis formados coercitivamente pela instituição armada. Em

abril de 1983 o Acordo Governamental 222-83 as reconheceu legalmente mediante a criação da Sede Nacional de Coordenação e Controle da Autodefesa Civil. As PAC tiveram como objetivos centrais organizar a população civil contra os movimentos guerrilheiros e conseguir um controle sobre aquela.

As Patrulhas de Autodefesa Civil tinham uma relação institucional com o Exército, realizavam atividades de apoio às funções das forças armadas e, além disso, recebiam recursos, armamento, treinamento e ordens diretas do Exército guatemalteco e operavam sob sua supervisão. Ademais, a essas patrulhas foram atribuídas várias violações de direitos humanos, incluindo execuções sumárias e extrajudiciais, assim como desaparecimentos forçados de pessoas.

Em 1993, ano em que ocorreram os fatos do presente caso, as Patrulhas de Autodefesa Civil de San Pedro de Jocopilas se caracterizaram por cometer abusos contra os direitos civis da população da região, na qual gozavam de poder político suficiente para decretar unilateralmente o toque de recolher, exigir contribuições pecuniárias a seus integrantes, impor medidas disciplinares e castigos, assim como sequestrar e torturar vizinhos. Durante esse período, estas patrulhas foram responsáveis de vários assassinatos, cuja impunidade estava praticamente garantida" (§ 76.1 e seguintes).

Conforme registrou a Corte IDH sobre o processo penal instaurado contra os supostos autores dos assassinatos:

"Durante a época do conflito armado e até hoje em dia, os tribunais de justiça da Guatemala não investigaram, processaram, julgaram e puniram efetivamente os responsáveis pelas violações de direitos humanos. No presente caso, os tribunais de justiça atuaram sem independência e imparcialidade, aplicando normas ou disposições legais contrárias ao devido processo ou omitindo a aplicação das que correspondiam.

O processo judicial realizado para a determinação da responsabilidade penal dos autores do atentado contra o senhor Jorge Carpio Nicolle e sua comitiva se iniciou em julho de 1993 e concluiu em agosto de 1999, com a absolvição de todos os acusados" (§§ 176.34 e 76.35).

Prosseguindo em sua decisão, a Corte IDH considerou que, a partir do acervo probatório do presente caso, há indícios suficientes para concluir que a execução extrajudicial do senhor Jorge Carpio Nicolle teve uma motivação política (§ 77). Além disso, para a Corte Interamericana:

"(...) no processo interno do presente caso houve uma obstrução contínua das investigações por parte de agentes do Estado e dos chamados 'grupos paralelos' no poder, assim como uma falta de diligência no desenvolvimento das investigações, tudo isso para determinar que até agora exista impunidade total a respeito dos fatos ocorridos em 3 de julho de 1993 (...). Tudo isso foi acompanhado de constantes ameaças e atos intimidatório aos

familiares, testemunhas e funcionários da justiça” (§ 78).

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado é internacionalmente responsável pela violação de diversos direitos previstos na Convenção Americana, a exemplo dos direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade de pensamento e expressão, às garantias judiciais e à proteção judicial. E assim, a Corte fixou diversas medidas de reparação, entre as quais destacamos as seguintes:

1. O Estado deve investigar efetivamente os fatos do presente caso com o fim de identificar, julgar e punir os autores materiais e intelectuais da execução extrajudicial dos senhores Carpio Nicolle, Villacorta Fajardo, Ávila Guzmán e Rivas González, assim como das lesões graves de Sydney Shaw Díaz. O resultado do processo deve ser divulgado.
2. O Estado deve remover todos os obstáculos e mecanismos de fato e de direito que mantêm a impunidade no presente caso, oferecendo as garantias de segurança suficientes às testemunhas, autoridades judiciais, fiscais, outros funcionários da justiça e aos familiares das vítimas.
3. O Estado deve adotar medidas concretas dirigidas a fortalecer sua capacidade investigativa.
4. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade em relação ao presente caso.
5. O Estado deve pagar as quantias fixadas na sentença para reparação dos danos material e moral sofridos pelas vítimas e seus familiares.

73.2. Pontos importantes

73.2.1. Coisa julgada fraudulenta. O ponto mais importante do *Caso Carpio Nicolle* diz respeito à denominada “coisa julgada fraudulenta ou aparente”, que ocorre, segundo decidiu a Corte IDH, quando um julgamento não observa as regras do devido processo ou quando o julgador não tenha atuado com independência e imparcialidade (§ 131). Para Sergio García Ramírez, ex-juiz da Corte Interamericana, a expressão “coisa julgada fraudulenta” acentua o engano que está na raiz de algumas sentenças, produto da manipulação – condenatória ou absolutória – das autoridades que investigam, acusam ou decidem²⁰⁰. O entendimento da Corte IDH sobre a “coisa julgada fraudulenta” situa-se num contexto de uso irrestrito e incondicionado do Direito Penal na luta contra a impunidade, edificando aquilo que Daniel Pastor denomina de *poder penal absoluto*²⁰¹.

A relativização da coisa julgada também está prevista no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 20.3), que excepciona a garantia do *ne bis in idem* quando o processo: a) tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do TPI; ou b) não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas

²⁰⁰ Voto no *Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia*, § 17.

²⁰¹ PASTOR, Daniel. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*.

pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Fugiria dos propósitos deste livro um aprofundamento nas repercussões – positivas e negativas – da relativização da coisa julgada (fraudulenta ou aparente) para o Direito Processual Penal²⁰². Preocupa-nos, porém, o fato de que algo que começou a ser discutido e aplicado no contexto da justiça de transição e dos crimes que afetariam a comunidade internacional no seu conjunto (aqueles de competência do TPI) tenha sido ampliado para abranger uma categoria mais geral e vaga dos *crimes graves* ou *crimes contra os direitos humanos*. Além disso, pelo menos no sistema interamericano a CADH estabelece claramente, sem apontar exceções, que “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (art. 8.4).

Sem prejuízo de continuarmos refletindo sobre a questão, especialmente para estudar e buscar limites mais objetivos para a relativização da coisa julgada penal – ainda não definidos pelos tribunais internacionais de direitos humanos –, por enquanto vemos com preocupação a ideia que sustenta a *doutrina da luta contra a impunidade*: a “justiça” a qualquer custo. Com isso, encerramos esse breve comentário com a lição de Nicolás Guzmán:

“(…) Onde está escrito que o castigo dos fatos aberrantes é mais ‘justo’ que respeitar garantias constitucionais que protegem os acusados, sobre as quais se edifica e consolida um Estado constitucional de direito? Finalmente, é ‘justo’ tratar de forma diferente os autores de crimes contra a humanidade dos autores dos crimes comuns?

(…) As ‘exigências de justiça’, invocadas pela Corte IDH, são palavras que sempre soam bem, mas que, na verdade, não dizem nada; ou melhor, dizem tudo o que quem as pronuncia quer que digam. Porque nunca houve um acordo sobre o que é a justiça e sobre o que é justo ou injusto; ou, pelo menos, é muito difícil que isso possa ocorrer.

(…) Quais consequências estes julgamentos acarretarão? Ninguém pode saber por agora. Parece que uma porta se abriu e vai ser difícil fechá-la. O que hoje é aplicável aos crimes contra a humanidade provavelmente amanhã será aplicável aos casos graves de corrupção e logo mais aos roubos com armas, aos sequestros extorsivos, enfim, a todo crime que nos pareça horrendo e inaceitável que fique impune.

(…) A garantia que protege contra o *bis in idem* não existia durante a In-

²⁰² Sobre o tema “coisa julgada fraudulenta”, v. ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. México: Konrad Adenauer Stiftung – Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2011. p. 411 e seguintes; MATA, Alfonso Chacón. *La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el estado de derecho contemporáneo*. In: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores, 2015, p. 169-188; VERA, Oscar Parra. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates*. In: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 13, nº 1, noviembre de 2012, p. 9 e seguintes; SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” e del “derecho de la víctima al castigo del autor”*. In: REJ – Revista de Estudios de la Justicia nº 11, Año 2009, p. 35 e seguintes; RAMÍREZ, Sergio García. *Voto no Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentença de 12.09.2015, § 17 e seguintes.

quisição. Durante esse período obscuro, o inquisidor podia reabrir o processo contra bruxas e hereges tantas vezes quanto considerasse oportuno, pois o objetivo principal, que praticamente não reconhecia limites na sua consecução, era a erradicação da heresia (...).

Será que estamos voltando à Europa do século XII? Essa pergunta pode parecer exagerada, pois a Inquisição foi muito mais que o simples desconhecimento da coisa julgada e do *ne bis in idem*. Mas é preciso constatar, como dado da realidade, que estas garantias, nunca questionadas desde a época dos romanos, hoje não existem (isto é, não são operacionais) quando se trata de uma determinada classe de delitos. Hoje uma pessoa pode ser julgada mais de uma vez pelo mesmo fato, assim como ocorria durante a Inquisição”²⁰³.

73.3. Conexões com o Direito brasileiro

73.3.1. Coisa julgada penal no Direito brasileiro. A coisa julgada é protegida como um direito fundamental pela CF/88 (art. 5º, XXXVI). O CPP somente admite a relativização da coisa julgada penal em favor do réu (art. 621)²⁰⁴, não havendo que se falar, portanto, em revisão criminal *pro societate*. Há na jurisprudência dos tribunais superiores, porém, duas exceções à regra da inadmissibilidade da relativização da coisa julgada penal contra o réu. A primeira delas decorre de um precedente mais antigo do STF, no qual restou assentado que “O desfazimento da decisão que, admitindo por equívoco a morte do agente, declarou extinta a punibilidade, não constitui ofensa à coisa julgada” (HC 60.095, rel. min. Rafael Mayer, 1ª Turma, j. 30.11.1982). E a segunda exceção, relativa à publicação de acórdão que não correspondia ao julgamento do órgão colegiado, foi admitida mais recentemente pelo STJ nos seguintes termos:

“1. O processo, em sua atual fase de desenvolvimento, é reforçado por valores éticos, com especial atenção ao papel desempenhado pelas partes, cabendo-lhes, além da participação para construção do provimento da causa, cooperar para a efetivação, a observância e o respeito à veracidade, à integralidade e à integridade do que se decidiu, conforme diretrizes do Estado Democrático de Direito.

2. A publicação intencional de acórdão ideologicamente falso - que não retrata, em nenhum aspecto, o julgamento realizado - com o objetivo de

²⁰³ GUZMÁN, Nicolás. *El neopunitivismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un pronóstico incierto para el ne bis in idem y la cosa juzgada*. In: (coord.) GUZMÁN, Nicolás; PASTOR, Daniel R. *Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 246-250.

²⁰⁴ “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

beneficiar uma das partes, mesmo após o trânsito em julgado, não pode reclamar a proteção de nenhum instituto do sistema processual (coisa julgada, segurança jurídica etc.) 3. Ao sistema de invalidades processuais aplicam-se todas as noções da teoria do direito acerca do plano de validade dos atos jurídicos de maneira geral. No processo, a validade do ato processual, tal como ocorre com os fatos jurídicos, também diz respeito à adequação do suporte fático que lhe subjaz e lhe serve de lastro.

4. A manutenção dos efeitos da publicação ilícita, eventualmente pretendida pelas partes, refoge à própria finalidade da revisão criminal que, ao superar a intangibilidade da sentença transitada em julgado, cede espaço aos imperativos da justiça substancial.

5. É bem verdade que a revisão criminal encontra limitações no direito brasileiro, e a principal delas diz respeito à modalidade de decisão que pode deconstituir. Desde que instituída a revisão criminal na Constituição de 1891, é tradição do processo penal brasileiro reconhecer - tomando o princípio do favor rei como referência - que somente as sentenças de condenação podem ser revistas.

6. A revisão pro societate, cumpre dizer, reclamaria a mesma lógica que explica a revisão pro reo, qual seja, a necessidade de preservar a verdade e a justiça material, sobretudo quando o tempo demonstra a falsidade das provas sobre as quais se assentou a decisão absolutória, de modo a comprometer a legitimidade da sentença perante a comunhão social.

7. Embora entre nós não se preveja, normativamente, ainda que em caráter excepcional, a possibilidade de revisão do julgado favorável ao réu, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal autoriza deconstituir decisão terminativa de mérito em que se declarou extinta a punibilidade do acusado, em conformidade com os arts. 61 e 62 do Código de Processo Penal, tendo em vista a comprovação, posterior ao trânsito em julgado daquela decisão, de que o atestado de óbito motivador do decisum fora falsificado.

8. Ainda que a hipótese em exame não reproduza o caso de certidão de óbito falsa, retrata a elaboração de acórdão de conteúdo ideologicamente falsificado sobre o qual se pretende emprestar os efeitos da coisa julgada, da segurança jurídica e da inércia da jurisdição, o que ressoa incongruente com a própria natureza da revisão criminal que é a de fazer valer a verdade.

9. A desconstituição do acórdão falso não significa que houve re julgamento da revisão criminal, muito menos se está a admitir uma revisão criminal pro societate. Trata-se de simples decisão interlocutória por meio da qual o Judiciário, dada a constatação de flagrante ilegalidade na proclamação do resultado de seu julgado, porquanto sedimentado em realidade fática inexistente e em correspondente documentação fraudada, corrige o ato e proclama o resultado verdadeiro (veredicto). Pensar de modo diverso (é que) ensejaria ofensa ao princípio do devido processo legal, aqui analisado sob o prisma dos deveres de lealdade, cooperação, probidade e confiança, que constituem pilares de sustentação do sistema jurídico-processual.

10. O processo, sob a ótica de qualquer de seus escopos, não pode tolerar o abuso do direito ou qualquer outra forma de atuação que dê azo a litigância de má-fé. Logo, condutas contrárias à verdade, fraudulentas ou procrastinatórias conspurcam o objetivo publicístico e social do processo, a merecer

uma resposta inibitória exemplar do Judiciário.

11. Portanto, visto sob esse prisma, não há como se tolerar, como argumento de defesa, suposta inobservância à segurança jurídica quando a estabilidade da decisão que se pretende seja obedecida é assentada justamente em situação de fato e em comportamento processual que o ordenamento jurídico visa coibir” (REsp 1.324.760, rel. min. Sebastião Reis Júnior, rel. p. acórdão min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 16.12.2014).

Assim, ainda que não exista no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma previsão sobre a relativização da coisa julgada penal contra o réu em se tratando de processo julgado por juiz que não tenha atuado com independência e imparcialidade ou, ainda, no caso de julgamento que não tenha observado as regras do devido processo, entendemos – sem prejuízo da nossa preocupação com os contornos do tema já expressada anteriormente – que, havendo sentença da Corte IDH para que o Brasil proceda com a reabertura de caso penal com sentença absolutória ou declaratória da extinção de punibilidade já transitada em julgado, o Estado brasileiro deve cumprir a decisão nos termos do art. 68.1 da CADH (“Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”).

74. Caso Martínez Coronado vs. Guatemala

Sentença de 10.05.2019

Mérito, reparações e custas

74.1. Resumo do caso

De acordo com a CIDH, o caso se relaciona com uma série de violações ao devido processo legal cometidas no contexto de um processo penal contra Manuel Martínez Coronado pelo crime de assassinato de sete pessoas na aldeia El Palmar, em 16.05.1995. Este processo foi concluído com uma sentença condenatória em 26.10.1995, na qual se condenou Martínez Coronado à pena de morte por meio de injeção letal. Em 10.02.1998 o senhor Martínez Coronado foi executado.

A Comissão alegou que a utilização do elemento de periculosidade para sustentar a responsabilidade penal violou o princípio da legalidade, pois esta figura incorpora predições, especulações e constitui uma expressão do Direito Penal do autor, incompatível com a Convenção Americana. A Comissão também alegou que a defesa comum do senhor Martínez e um corréu violou o direito à contar com os meios adequados para a preparação da defesa e o direito a ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado. Além disso, a CIDH alegou que o Estado violou o direito à vida em razão da aplicação da pena morte num contexto de violações anteriores do devido processo.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que a Guatemala violou o princípio da legalidade quando aplicou a pena de morte ao senhor Martínez, e isso porque a execução se baseou num conceito indeterminado (o de “periculosidade futura”) contido no art. 132 do Código Penal nacional. A Corte também concluiu que o Estado violou os artigos 8.2.c) e 8.2.e) da CADH ao admitir uma defesa técnica comum para

corrêus com declarações conflitantes.

Finalmente, a Corte IDH fixou algumas medidas de reparação, como o pagamento de indenização por danos materiais e morais.

74.2. Pontos importantes

74.2.1. Defesa técnica comum para mais de um acusado. O art. 95 do Código de Processo Penal da Guatemala estabelece que “A defesa de vários acusados num mesmo procedimento por um defensor comum é, em princípio, inadmissível. O tribunal competente, segundo o período do procedimento, ou o Ministério Público, poderá permitir a defesa comum quando manifestamente não exista incompatibilidade. Quando se verifique a incompatibilidade, esta poderá ser corrigida de ofício, fornecendo as substituições necessárias, conforme planejado para a nomeação de defensor”. A partir deste dispositivo, a Corte IDH primeiro esclareceu que não é qualquer inconsistência nas declarações de corrêus que irá impedir a defesa técnica comum. No entanto, no caso concreto, conforme já apontado acima, considerando que as declarações dos corrêus eram substancialmente conflitantes, a Corte reconheceu que o Estado violou os artigos 8.2.c) e 8.2.e) da CADH.

A discussão jurídica deste caso se insere no contexto maior da efetividade da defesa técnica exercida por defensores nomeados ou designados pelo juízo, tema já explorado pela Corte em outros precedentes, a exemplo do *Caso Ruano Torres vs. El Salvador*. No julgamento do *Caso Martínez Coronado*, a Corte IDH fez as seguintes considerações sobre o conteúdo e o alcance dos artigos 8.2.c) e 8.2.e) da CADH:

“(...) este Tribunal tem se referido à defesa de ofício indicando a importância fundamental que tem o serviço de assistência jurídica gratuita para a promoção e proteção do direito de acesso à justiça de todas as pessoas, em particular daquelas que se encontram numa situação especial de vulnerabilidade. A instituição da defesa pública, através da provisão de serviços públicos e gratuitos de assistência jurídica, permite indiscutivelmente compensar de forma adequada a desigualdade processual na qual se encontram as pessoas que enfrentam o poder punitivo do Estado, assim como a situação de vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade, e assegurar-lhes um acesso efetivo à justiça em termos igualitários.

Porém, a Corte tem considerado que a nomeação de um defensor de ofício com o objeto exclusivo de cumprir uma formalidade processual equivaleria a não contar com defesa técnica, pelo que é importante que o defensor atue de maneira diligente com o fim de proteger as garantias processuais do acusado e evitar assim que seus direitos sejam violados e seja quebrada a relação de confiança. Para que isso ocorra, é necessário que a instituição da defesa pública, como meio através do qual o Estado garante o direito irrenunciável de todo acusado de crime de ser assistido por um defensor, seja dotada de garantias suficientes para sua atuação eficiente e em igualdade de armas com o poder persecutório. A Corte tem reconhecido que para cumprir com este objetivo o Estado deve adotar todas as medidas adequadas. Entre elas, contar com defensores idôneos e capacitados que possam atuar com autonomia funcional.

O direito de defesa implica que esta seja eficaz, oportuna, realizada por pessoa técnica, que permita fortalecer a proteção do interesse concreto do acusado e não como um simples meio para cumprir formalmente com a legitimidade do processo. Por isso, qualquer forma de defesa aparente resultaria violatória da Convenção Americana” (§§ 82 e seguintes).

74.3. Conexões com o Direito brasileiro

74.3.1. A defesa técnica comum no Direito brasileiro. O entendimento da Corte IDH adotado no julgamento do *Caso Martínez Coronado*, no sentido de que a defesa técnica comum de mais de um acusado somente viola a CADH quando houver colidência de narrativas entre os acusados, está em conformidade com a normativa brasileira. A LC 80/94 (Lei Nacional da Defensoria Pública) estabelece como direito dos assistidos da Defensoria Pública “a atuação de defensores públicos distintos, quando verificada a existência de interesses antagônicos ou colidentes entre destinatários de suas funções” (art. 4º-A, V). Assim, nada impede que um único defensor público atue na defesa de dois ou mais acusados se entre eles não houver conflito de narrativas. Por outro lado, se houver, por exemplo, atribuições de autoria recíprocas entre os acusados ou se um dos réus inculminador o outro (em acordo de colaboração premiada ou mesmo de forma *ordinária*, no contexto de seu interrogatório), a defesa técnica não poderá ser comum para ambos, impondo-se a atuação de mais de um profissional.

75. Caso Órdenes Guerra e outros vs. Chile

Sentença de 29.11.2018

Mérito, reparações e custas

75.1. Resumo do caso

Segundo a CIDH, o caso se relaciona com a responsabilidade do Estado pela violação dos direitos e garantias judiciais e proteção judicial como consequência da aplicação da figura da prescrição a ações civis de reparação relacionadas com crimes contra a humanidade. As vítimas deste caso são sete grupos de pessoas que, entre 1997 e 2001, interpuuseram separadamente sete ações civis de indenização por prejuízos em razão do sequestro e desaparecimento ou execução de seus familiares por parte de agentes estatais em 1973 e 1974, durante a ditadura militar. Estas ações foram rechaçadas entre 1999 e 2003 pelo Poder Judiciário chileno com base na aplicação do prazo da figura da prescrição estabelecida no Código Civil. Embora as vítimas tenham recebido uma pensão mensal administrativa em virtude do disposto numa lei, assim como outros benefícios em alguns casos (bônus de reparação ou compensatório), a Comissão considerou que a existência de um programa administrativo de reparações não exclui a possibilidade de que as vítimas de graves violações optem por reclamar reparação pela via judicial e que, tratando-se de crimes contra a humanidade, é desproporcional negar-lhes seus direitos a uma reparação sob o argumento da prescrição.

O Estado reconheceu, durante o procedimento perante a Corte, a sua responsabilidade total pelas violações de direitos humanos denunciadas. No entanto, permaneceu

uma controvérsia a respeito das reparações solicitadas. Ao final, a Corte IDH, a partir de valores adotados pela jurisprudência interna, condenou o Estado ao pagamento de indenização compensatória na quantia de US\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil dólares) em favor de cada uma das vítimas.

75.2. Pontos importantes

75.2.1. Imprescritibilidade de ações cíveis de reparação em face de graves violações de direitos humanos. Uma das características dos direitos humanos é a sua imprescritibilidade. Isso quer dizer que a pessoa não *perde* seus direitos humanos pela falta de uso. Assim, por exemplo, o fato de o titular do direito humano à liberdade religiosa ou do direito à liberdade de associação não os utilizar durante trinta anos não resulta na perda do direito. A característica da imprescritibilidade dos direitos humanos, porém, não é absoluta, podendo encontrar relativização no direito interno, como é o caso, por exemplo, do direito à propriedade, que pode ser perdido com fundamento no instituto da usucapião. Além disso, a característica da imprescritibilidade dos direitos humanos também pode encontrar alguma relativização quando se tratar da pretensão indenizatória pela violação do direito: o *fundo de direito* permanece intacto, mas a demanda de ressarcimento pela sua violação submete-se – em regra – a prazos prescricionais. Um exemplo: o fato de a CADH proteger o direito à honra e à dignidade em seu art. 11.1 (“Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”) não significa que o titular do direito violado poderá reivindicar – em qualquer caso – a reparação pelos danos morais à qualquer tempo.

No julgamento do *Caso Órdenes Guerra*, a Corte IDH, que até então possuía uma jurisprudência consolidada somente a respeito da impossibilidade de aplicação do instituto da prescrição para isentar o Estado da sua obrigação de investigar e punir autores de graves violações de direitos humanos – como os crimes contra a humanidade praticados no contexto das ditaduras –, avançou para estabelecer que as ações cíveis de reparação em face de graves violações de direitos humanos também são imprescritíveis. Vejamos a argumentação da Corte, que foi precedida de um compilado da normativa, jurisprudência internacional comparada e trabalhos de relatores especiais sobre a matéria:

“(…) a Corte entende que os fundamentos do Estado para considerar imprescritíveis as ações cíveis de reparações por danos ocasionados por fatos qualificados ou qualificáveis como crimes contra a humanidade (...) são aplicáveis a qualquer ação cível, independentemente de se esta é reparatoria no contexto de um processo penal ou se é uma demanda na via cível propriamente dita. Isto é, a imprescritibilidade se justifica na obrigação do Estado de reparar pela natureza dos fatos e não depende por isso do tipo de ação judicial que busque fazê-la valer.

(...) o Tribunal tem considerado que, em cenários de justiça transicional, nos quais os Estados devem assumir seu dever de reparar massivamente a uma quantidade de vítimas que pode exceder amplamente as capacidades e possibilidades dos tribunais internos, os programas administrativos de reparação constituem uma das maneiras legítimas de satisfazer o direito à reparação. Nesses contextos, essas medidas de reparação devem ser en-

tendidas em conjunto com outras medidas de verdade e justiça, sempre e quando se cumpram com uma série de requisitos relacionados, entre outros, com sua legitimidade e efetiva capacidade de reparação integral das mesmas. O fato de combinar reparações administrativas e judiciais, segundo cada Estado, pode ser entendido como de caráter diferente (excludente) ou complementar e, neste sentido, poderia se levar em conta, numa via, o outorgado na outra. Não obstante, no caso chileno se entende que, segundo o critério jurisprudencial prevalecente, ambos os tipos de reparações são complementares entre si e não deve ser descontado, na via judicial, o outorgado na aplicação de programas administrativos de reparações.

A Corte considera que o critério jurisprudencial prevalecente atualmente a nível interno, acerca do caráter complementar e não excludente de reparações outorgadas nas vias administrativa e judicial, é razoável em relação com o direito de vítimas de graves violações de direitos humanos de acessarem a justiça para solicitar uma declaração judicial de responsabilidade estatal, seja para que se efetue uma determinação judicial de danos ou, se for o caso, para questionar a suficiência ou efetividade de reparações recebidas anteriormente” (§§ 95 e seguintes).

Importante compreender, portanto, a delimitação do precedente firmado pela Corte IDH no *Caso Órdenes Guerra*: não é qualquer violação de direitos humanos que ensejará a imprescritibilidade da correspondente ação cível de ressarcimento, mas apenas quando se tratar de crimes contra a humanidade.

Finalmente, ressaltamos que a *tese* adotada pela Corte IDH costuma ser objetada – sobretudo pelos Estados – com base no argumento da segurança jurídica, já que a imprescritibilidade da ação reparatória faz com que os Estados fiquem sempre sujeitos a serem demandados. Sobre o tema, consideramos acertada a lição de Gonzalo Aguilar Cavallo:

“Segurança jurídica para quem? Para a vítima ou seus familiares ou para seus vitimadores? A quem os poderes públicos deveriam garantir certeza e segurança jurídica num Estado de Direito? A segurança jurídica não é um princípio absoluto e está submetida ao princípio de justiça. (...)”

Nesta linha de reflexão, cabe mencionar que a prescrição é uma regra adjetiva que, por certo, admite exceções, atendida a natureza dos fatos de que se trate. (...)”

Ademais, recordemos que o direito dos direitos humanos tem por missão principal amparar a vítima. O juiz deve resolver em função da situação mais benéfica para a vítima e não para o vitimador. (...)”

A ideia de segurança jurídica – tal como se entende no direito estatal – tende a se sobrevalorizar e a ser entendida de maneira desarmonica segundo os princípios de interpretação em direitos humanos. Segundo uma interpretação coerente e integral do ordenamento dos direitos humanos, a segurança jurídica não é um princípio absoluto e no enfrentamento entre segurança formal e justiça material, deve triunfar esta última”²⁰⁵.

²⁰⁵ CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *La reparación civil en casos de violaciones a los derechos humanos y la imprescriptibilidad de la acción civil: estudio de casos*. In: *Revista Derecho del Estado*, núm. 22, junio-, 2009,

75.3. Conexões com o Direito brasileiro

75.3.1. Imprescritibilidade da pretensão indenizatória em virtude de violação de direitos humanos praticada na ditadura militar. Conforme já havíamos anotado nos comentários ao *Caso Gomes Lund*, o STJ entende que não se aplica o prazo prescricional quinquenal estabelecido no Decreto nº 20.910/1932 aos casos de violação de direitos humanos no contexto da ditadura militar. Neste sentido, vejamos alguns precedentes:

“Ações indenizatórias por danos patrimoniais e morais decorrentes de atos de opressão e tortura ocorridos durante a ditadura são imprescritíveis. Se o cidadão encontra-se subjugado na condição de prisioneiro político e o País submetido a regime de exceção, é mesmo absurdo querer aplicar, a vítimas que se calaram por recearem postular até direitos corriqueiros, os prazos prescricionais ordinários, previstos em lei para situações de normalidade democrática e de desimpedida vigência das mais básicas liberdades. Ora, sob permanente ameaça de encarceramento, assassinato ou desaparecimento pessoal ou de familiares, quem teme abrir a boca para questionar governantes dificilmente confrontará (na sua plenitude e com sucesso) atos de violência estatal perante o Poder Judiciário, ele próprio instituição possivelmente privada de consciência independente e, de mãos atadas, condenada à insuperável omissão. Inaplicabilidade, pois, do prazo prescricional do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932” (REsp 1.315.297, rel. min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 16.08.2012).

“São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar. Assim, desnecessária a discussão em torno do termo inicial da contagem do prazo prescricional” (AgRg no Ag 1.337.260, rel. min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. 06.09.2011).

“O prazo quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/1932 é inaplicável às ações que objetivam reparação por danos morais ocasionados por torturas sofridas durante o período do regime militar, demandas que são imprescritíveis, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelas vítimas para deduzir suas pretensões em juízo” (AgInt-REsp 1.524.498, rel. min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, j. 20.02.2019).

Não encontramos um precedente específico do STF sobre a questão, pois o Supremo não tem admitido a repercussão geral por considerar a controvérsia em torno da prescrição de âmbito infraconstitucional²⁰⁶.

75.3.2. Possibilidade de acumulação da reparação administrativa com a indenização por danos morais. Vimos que a Corte IDH estabeleceu no julgamento do *Caso Órdenes Guerra* que o recebimento de uma reparação na via administrativa não impede a vítima de buscar uma indenização por danos morais na via judicial, tratando-se, portanto, de reparações complementares e não excludentes. O entendimento da Corte IDH converge

p. 33 e seguintes.

²⁰⁶ Neste sentido, cf. RE 715.268 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 06.05.2014.

com o do STJ, que, após precedentes reiterados neste sentido, editou a Súmula nº 624, segundo a qual “É possível cumular a indenização do dano moral com a reparação econômica da Lei nº 10.559/2002 (Lei da Anistia Política).” A nosso ver, embora a jurisprudência do STJ se refira somente a anistiados políticos, ela pode ser estendida para as vítimas de violações de direitos humanos praticadas na ditadura de um modo geral, que podem recorrer à vida judicial para receber uma indenização ainda que tenham recebido alguma reparação administrativa.

76. Caso Lagos del Campo vs. Peru

Sentença de 31.08.2017	<i>Exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 21.11.2018	<i>Interpretação da sentença</i>

76.1. Resumo do caso

De acordo com a CIDH, o caso se relaciona com a demissão do senhor Alfredo Lagos del Campo no dia 26.06.1989 como consequência de manifestações realizadas na condição de presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa Ceper-Pirelli. Segundo a Comissão, as manifestações do senhor Lagos del Campo teriam como objetivo denunciar e chamar a atenção sobre atos de ingerência indevida dos empregadores na vida das organizações representativas dos trabalhadores na empresa e na realização de eleições internas da Comunidade Industrial. A decisão de demissão de Lagos del Campo foi confirmada pelos tribunais nacionais do Peru. A CIDH indicou em seu relatório de mérito que corresponde à Corte IDH determinar se no presente caso o Estado cumpriu seu dever de garantir os direitos da vítima no contexto das relações laborais, precisando o alcance dos direitos reconhecidos na Convenção Americana.

Após o processamento do caso, a Corte IDH primeiro concluiu que o Estado endossou uma restrição ao direito à liberdade de pensamento e de expressão do senhor Lagos del Campo através de uma punição desnecessária em relação ao fim buscado e sem uma motivação devida. Para a Corte, de acordo com as circunstâncias do presente caso, não existiu uma necessidade imperiosa que justificasse a demissão do senhor Lagos del Campo. A Corte ainda ressaltou que a liberdade de expressão do senhor Lagos del Campo foi restringida sem levar em consideração se as suas declarações se referiam a questões de interesse público e também sem levar em conta que elas foram feitas na condição de Presidente do Comitê Eleitoral. Assim, a Corte determinou que o Estado peruano violou os artigos 13.2 e 8.2 da CADH.

Na sequência, mesmo sem um pedido expresso dos representantes da vítima ou da Comissão Interamericana, a Corte IDH passou a analisar uma violação ao direito à estabilidade laboral, e isso porque a Corte constatou que a vítima, em todas as instâncias, tanto internas como perante a CIDH, alegou reiteradamente a violação aos seus direitos trabalhistas, especialmente à estabilidade laboral, assim como as consequências decorrentes da demissão, o que permitiu às partes uma ampla possibilidade de debaterem o tema durante o processo no sistema interamericano. Assim, a Corte esclareceu que “(...) tem competência – à luz da Convenção Americana e com base no princípio *iura novit curia*,

que se encontra solidamente respaldado na jurisprudência internacional – para estudar a possível violação das normas da Convenção que não tenham sido alegadas nos escritos apresentados perante ela, na inteligência de que as partes tenham tido a oportunidade de expressarem suas respectivas posições em relação aos fatos que as sustentam (...)” (§ 139).

A partir desse contexto, a Corte IDH resolveu analisar a violação ao direito à estabilidade laboral tendo como base o art. 26 da CADH e as disposições da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem sobre o direito ao trabalho. Alterando a sua jurisprudência sobre a judicialização – até então mediata, indireta ou reflexa – dos DESCA, a Corte IDH, pela primeira vez, reconheceu uma violação direta do art. 26 da CADH em razão da demissão arbitrária do senhor Lagos del Campo.

A Corte IDH também reconheceu que o Estado violou o direito à liberdade de associação (CADH, art. 16) e o direito de acesso à justiça (CADH, artigos 8.1 e 25).

Ao final, a Corte fixou as medidas de reparação que entendeu pertinentes.

76.2. Pontos importantes

76.2.1. Liberdade de expressão no contexto de relações trabalhistas em empresas privadas. Ressaltando que a liberdade de expressão é uma condição necessária para o exercício das organizações de trabalhadores, que dela se valem para proteger seus direitos trabalhistas e melhorar suas condições de trabalho, a Corte IDH estabeleceu que a obrigação de garantir os direitos humanos previstos na CADH pressupõe obrigações positivas para o Estado a fim de protegê-los inclusive na esfera privada. Com isso e a partir do contexto evidenciado no *Caso Lagos del Campo*, a Corte fez as seguintes considerações:

“(...) Em casos como o presente, as autoridades competentes, sejam judiciais ou administrativas, têm o dever de revisar se as atuações ou decisões que são exercidas no âmbito privado e que acarretam consequências para os direitos fundamentais, resultam de acordo com o direito interno e com suas obrigações internacionais. Do contrário, o Estado deve corrigir a violação a estes direitos e oferecer-lhes uma proteção adequada.

Sobre o caso em exame, este Tribunal tem reconhecido que nos termos da Convenção Americana, a liberdade de expressão pode se ver afetada sem a intervenção direta da ação estatal. No caso da liberdade de expressão, o exercício real e efetivo não depende simplesmente do dever do Estado de abster-se de qualquer ingerência, senão que pode demandar medidas positivas de proteção, inclusive nas relações entre as pessoas. De fato, em certos casos o Estado tem a obrigação positiva de proteger o direito à liberdade de expressão, inclusive frente a ataques provenientes de particulares.

(...) Em vista disso, a Corte reafirma que o âmbito de proteção do direito à liberdade de pensamento e expressão resulta particularmente aplicável em contextos laborais como o do presente caso, a respeito do qual o Estado deve não somente respeitar o direito interno, mas também garanti-lo, a fim de que os trabalhadores ou seus representantes possam também exercê-lo. É por isso que, caso exista um interesse geral ou público, requer-se um nível reforçado de proteção da liberdade de expressão, especialmente a respeito de quem exerce um cargo de representação” (§§ 92 e seguintes).

76.2.2. Violação do direito à estabilidade laboral: a virada jurisprudencial na judicialização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA). Conforme apontado no resumo do caso, mesmo sem um pedido expresso dos representantes da vítima ou da CIDH, a Corte IDH, a partir de manifestações da vítima durante todo o procedimento – interno e internacional –, resolveu analisar se o Estado violou o direito à estabilidade laboral do senhor Lagos del Campo, concluindo ao final pela responsabilização do Peru. Para chegar à esta conclusão, a Corte adotou como base normativa o art. 26 da CADH, que assim dispõe:

“Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Para a Corte IDH, os dispositivos correspondentes da Carta da OEA são os seguintes:

“Art. 45.b. O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar.

Art. 46. Os Estados membros reconhecem que, para facilitar o processo de integração regional latino-americana, é necessário harmonizar a legislação social dos países em desenvolvimento, especialmente no setor trabalhista e no da previdência social, a fim de que os direitos dos trabalhadores sejam igualmente protegidos, e convêm em envidar os maiores esforços com o objetivo de alcançar essa finalidade.

Art. 34. Os Estados membros convêm em que a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral. Para alcançá-los convêm, da mesma forma, em dedicar seus maiores esforços à consecução das seguintes metas básicas:

(...)

g) Salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos”.

A Corte também invocou como base normativa a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH), segundo a qual “Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes” (art. XIV). Sobre esta integração normativa,

a Corte lembrou que ela é importante para definir o alcance do artigo 26 da CADH, pois “(...) a Declaração Americana constitui, no que diz respeito e em relação à Carta da Organização, uma fonte de obrigações internacionais. Além disso, o artigo 29.d da Convenção Americana dispõe expressamente que ‘nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza’” (§ 144).

Na sequência, como forma de ressaltar a dimensão normativa do direito do trabalho perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Corte IDH indicou alguns documentos internacionais que o protegem:

“(...) o direito ao trabalho está previsto explicitamente em diversas leis internas dos Estados da região, assim como num vasto *corpus iuris* internacional: o artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o artigo 23 da Declaração Universal de Direitos Humanos, os artigos 7º e 8º da Carta Social das Américas, os artigos 6º e 7º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o artigo 11 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o artigo 32.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, assim como o artigo 1º da Carta Social Europeia e o artigo 15 da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos” (§ 145).

É a partir desse cenário normativo que a Corte resolveu analisar o conteúdo e o alcance do art. 26 da CADH para verificar se ele protege o direito à estabilidade laboral.

Na sequência, a Corte IDH estabeleceu quais são as obrigações do Estado quanto à proteção do direito à estabilidade laboral no âmbito privado: a) adotar as medidas adequadas para a devida regulação e fiscalização deste direito; b) proteger o trabalhador e a trabalhadora, através de seus órgãos competentes, contra a demissão injustificada; c) no caso de demissão injustificada, remediar a situação (seja através da reinstalação, seja mediante indenização e outras prestações previstas na legislação nacional); e d) por isso, o Estado deve dispor de mecanismos efetivos de reclamação frente a uma situação de demissão injustificada a fim de garantir o acesso à justiça e a tutela judicial efetiva de tais direitos (§ 149).

A Corte entendeu por bem esclarecer que a estabilidade laboral não consiste numa permanência irrestrita no posto de trabalho, mas sim que, ocorrendo a demissão, devem ser adotadas as devidas garantias de proteção do trabalhador: informação sobre as causas que ensejaram a demissão e possibilidade de recorrer da decisão do empregador perante as autoridades judiciais internas, que devem verificar se as causas imputadas não são arbitrárias ou contrárias ao direito (§ 150).

A sentença da Corte IDH não se deu por unanimidade de votos, restando vencidos – quanto à possibilidade de judicialização direta dos DESCAs – os juízes Eduardo Vio Grossi e Humberto Sierra Porto. Embora o *Caso Lagos del Campo* tenha sido o *leading case* na matéria, não foi neste julgamento que a Corte IDH efetivamente se desincumbiu do ônus de argumentar de forma adequada a sua virada jurisprudencial, o que veio a ocorrer, conforme veremos mais à frente, em agosto de 2018, no julgamento do *Caso Cuscus Pivaral e outros vs. Guatemala*.

Para o juiz Roberto Caldas, a decisão proferida no *Caso Lagos del Campo* é histórica e representa um grande passo jurisprudencial, que foi precedido de um longo, refletido e ponderado trabalho de muitos anos sobre a judicialização dos DESCA pelas diferentes composições da Corte IDH (voto, § 1º. E prossegue Caldas:

“Que fique claro que a Corte Interamericana há muito tempo protege também os DESCA. O Tribunal vinha fazendo isso como um direito secundário ou indireto de um direito civil ou político, quando em muitos casos, na verdade, era o principal direito reivindicado. Por isso até hoje muitos consideram, inclusive juristas, que não cabia processar uma petição direta sobre DESCA no Sistema Interamericano.

(...) Embora a Convenção Americana que nos compete interpretar seja de 1969, a possibilidade que esboçou em seu texto para ser interpretada de maneira evolutiva a respeito das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência, cultura e meio ambiente, contidas na Carta da OEA à luz do art. 29 da Convenção, foi de grande relevância para que hoje em dia possamos estar dando finalmente um passo rumo à consolidação da interdependência e integralidade dos direitos humanos.

(...) Reitero o grande passo histórico dado por este Tribunal ao declarar a judicialização do direito ao trabalho e à estabilidade laboral, e com isso uma nova época para a proteção de todos os direitos humanos, interdependentes e indivisíveis, e de maneira ainda mais integral (voto, § 2º e seguintes).

No mesmo sentido, para o juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor, o *Caso Lagos del Campo* abre um novo e rico horizonte no sistema interamericano a partir da interpretação evolutiva conferida pela Corte IDH ao art. 26 da CADH, dando um passo rumo à judicialização plena e direta dos DESCA (voto, § 1º). E prossegue Mac-Gregor:

“(...) nesta histórica sentença se declara, pela primeira vez, a violação do artigo 26 da Convenção Americana em relação ao artigo 1.1, pela violação da estabilidade laboral do senhor Lagos del Campo. Através de uma interpretação evolutiva e afastando-se de sua jurisprudência tradicional, a Corte IDH outorga um novo conteúdo normativo ao artigo 26 do Pacto de San José, lido à luz do artigo 29 do mesmo instrumento. Assim, este artigo não é meramente uma norma programática para os Estados Parte da Convenção Americana, mas sim constitui uma disposição que impõe a este Tribunal Interamericano a obrigação de remeter-se à Carta da Organização dos Estados Americanos (...) para conseguir a plena efetividade dos direitos que derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na referida Carta. (...)

No presente caso, a Corte IDH aborda os direitos violados integralmente e de forma conglobada, declarando a violação direta do artigo 26 da Convenção Americana. Isso, em contraste com a jurisprudência histórica que adotava anteriormente mediante a conexão com os direitos civis e políticos. (...)

Neste sentido, a Corte IDH firma um precedente importante para a judicialização dos direitos sociais no Sistema Interamericano, ao abrir a pos-

sibilidade de que direitos que não foram expressamente contemplados no artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador – como o direito ao trabalho e suas vertentes – possam ser protegidos mediante a Convenção Americana.

Na sentença, a Corte IDH fortalece os princípios de interdependência e indivisibilidade entre os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais a respeito dos direitos civis e políticos. É assim, a partir de sua compreensão dos direitos humanos entendidos integralmente e de forma conglobada, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos perante aquelas autoridades competentes para isso. Em outras palavras, a sentença reconhece que existe uma dependência recíproca entre todos os direitos humanos, o que foi incorporado na estrutura internacional dos direitos humanos, sem hierarquizar nem subsumir em alguns direitos o conteúdo dos outros.

(...) Neste momento histórico da jurisprudência da Corte IDH, resulta fundamental que as partes e a Comissão Interamericana tornem mais visíveis os DESCAs que são suscetíveis de serem protegidos perante o Sistema Interamericano, mediante alegações específicas sobre a violação dos direitos sociais interamericanos contidos no artigo 26 do Pacto de San José. Hoje os direitos sociais têm deixado de ser direitos de ‘boas intenções’ plasmados em instrumentos internacionais para passarem a ser exigíveis perante as instâncias competentes. Isso marca um novo rumo para o Sistema Interamericano.

Este caso mostra como a afetação de um direito catalogado como social não conduz necessariamente à necessidade de avaliações sobre a progressividade ou não regressividade, ou sobre aspectos como a disponibilidade de recursos, a legislação ou marcos regulatórios gerais ou políticas públicas. Pensar que os direitos sociais se reduzem a este tipo de análise é perpetuar os falsos mitos relativos a que os DESCAs somente dependem do passar do tempo para serem garantidos. Esta crença não leva em conta que existem obrigações estatais de respeito e garantia, que são aplicáveis a todos os direitos humanos sem distinção. Não se pretende judicializar as políticas públicas sociais, mas sim alcançar a proteção efetiva dos direitos humanos num caso particular” (§ 3º e seguintes).

O juiz Mac-Gregor finaliza o seu voto ressaltando a importância da compreensão e da judicialização dos DESCAs de forma direta e não de forma indireta ou por conexão com direitos civis e políticos:

“A partir de agora, o Tribunal interamericano pode abordar as diversas problemáticas que lhe são apresentadas, não mais através da conexão ou via indireta, subsumindo o conteúdo dos DESCAs nos direitos civis e políticos, mas sim tendo uma visão social mais ampla das violações que sejam apresentadas nos casos futuros. Advirto que a questão se reveste de especial importância na região latino-americana, que mantém altos índices de inequidade, desigualdade, pobreza e exclusão social. Estou convencido que esta nova visão dos direitos sociais interamericanos permitirá uma análise mais detalhada e compreensiva dos direitos e obrigações comprometidos num caso, permitindo o desenvolvimento de critérios jurídicos e parâmetros que abordem de modo mais próprio e pontual assuntos de impacto profundo na vigência dos direitos humanos na região” (§ 52).

Do voto dissidente do juiz Eduardo Vio Grossi, destacamos os seguintes trechos, que aqui transcrevemos para já ressaltar o quanto o problema da judicialização – direta – dos DESCA não é de fácil solução:

“O artigo 1.1 da Convenção dispõe que seus Estados Partes se comprometem a respeitar e a garantir o livre exercício dos direitos *‘reconhecidos nela’*. Por sua vez, o artigo 29.a) do mesmo texto, relativo ao princípio *pro personae*, emprega a mesma fórmula.

(...) Assim, os direitos garantidos na Convenção são os *‘Direitos civis e políticos’* (...).

Em conformidade com estas disposições, os direitos objeto da Convenção e que, consequentemente, seus Estados Partes *‘se comprometem a respeitar e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição’* e a interpretá-los em conformidade com o princípio *pro personae*, são, portanto, somente os mencionados, entre os quais não se encontra o direito ao trabalho nem o direito à estabilidade no emprego.

(...) a judicialização, ainda que parcial, do direito ao trabalho, está prevista no *‘Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo de San Salvador’* de 1988 (...).

No entanto, este Protocolo prevê que apenas a violação de alguns direitos podem ser levados à Corte e eles são os relativos ao direito de organizar sindicatos e de associar-se a eles, e o direito à educação. (...) Se fosse admitida a possibilidade de que as violações ao direito ao trabalho e ao direito à estabilidade no emprego pudessem ser submetidas, conhecidas e resolvidas pela Corte em razão do previsto no artigo 26 da Convenção, o disposto no Protocolo de San Salvador não teria sentido algum”.

Sobre o conteúdo e o alcance do art. 26 da CADH, o juiz Vio Grossi fez as seguintes considerações:

“a.- Primeiro, tal disposição contempla uma obrigação de fazer dos Estados, não de resultado, qual seja, a de *‘adotar providências, tanto a nível interno como mediante a cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, para alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos’* que menciona. Ela, então, não *‘reconhece’* direitos, mas sim dispõe sobre a obrigação dos Estados de desenvolver progressivamente certos direitos, precisamente por não serem plenamente efetivos.

b.- Em segundo lugar, a referida disposição se refere a *‘direitos que derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta da OEA’*, vale dizer, a direitos que decorrem ou podem decorrer de disposições desta última e não que ela os consagre ou reconheça.

c.- Em terceiro lugar, a norma em comento condiciona o cumprimento da mencionada obrigação de fazer à *‘medida dos recursos disponíveis’*, o que reforça a ideia de que não se trata de uma obrigação de resultado.

d.- E, finalmente, o citado artigo 26 indica os meios para cumprir a obrigação de comportamento que estabelece, a saber, '*por via legislativa ou outros meios apropriados*'. Este artigo se refere, portanto e tal como assinala seu título, ao '*Desenvolvimento Progressivo*' dos mencionados direitos, o que, evidentemente, embora concorde com a obrigação prevista no artigo 2º da Convenção, não constitui, sob nenhum respeito, fundamento para sustentar que se pode submeter à Corte um caso atinente à presumida violação de algum dos direitos a que se remete.

É óbvio, conseqüentemente, que os citados direitos são distintos dos que a Convenção regula em seus artigos 3º a 25 já citados, isto é, os '*Direitos civis e políticos*' e sujeitos, então, a um regime de proteção diferente".

O juiz Vio Grossi ainda fez um importante resgate histórico a respeito dos trabalhos preparatórios da CADH – que consistem, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, num meio de interpretação complementar dos tratados (art. 32) –, apontando que não houve nos debates entre os Estados nenhuma proposta para incluir os DESCa no regime de proteção previsto para os direitos civis e políticos.

Vio Grossi também fez a seguinte provocação ao entendimento majoritário da Corte IDH formado no *Caso Lagos del Campo*:

"(...) cabe complementarmente interrogar, então, acerca da razão pela qual tais direitos [econômicos, sociais, culturais e ambientais] não foram incluídos diretamente no texto da Convenção, como se fez expressamente com os *Direitos Civis e Políticos*, e se optou, em vez disso, por fazer um enunciado geral na citada disposição, localizada, ademais, num capítulo especial, o III da Parte I, denominado *Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. (...) A resposta parece, no entanto, evidente, a saber, que os *Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* não são objeto do mesmo regime de proteção que os *Direitos Civis e Políticos*, previstos nos Capítulo II. É dizer, que embora seja certo que existe uma estreita vinculação entre ambos os tipos de direitos, não é menos certo que a Convenção lhes proporciona um tratamento diferenciado e que se expressa precisamente no artigo 26.

Por outro lado, se aceitarmos o assinalado na Sentença no que diz respeito ao citado artigo 26, seria desnecessário e inútil o previsto nos artigos 31, 76.1 e 77.1 da Convenção, isto é, a subscrição de protocolos adicionais a fim de reconhecer outros direitos diferentes dos que estão na Convenção e incluí-los no regime de proteção que contempla, pois para isso bastaria a aplicação do primeiro dos artigos mencionados. Neste sentido, inclusive, como já se indicou, o '*Protocolo de San Salvador*' e, muito especialmente, seus artigos relativos ao direito de organizar sindicatos e de afiliar-se a eles e o direito à educação não seriam necessários para reclamar a violação destes direitos perante a Corte, pois para isso bastaria somente o artigo 26 citado".

No mesmo sentido se deu o voto dissidente do juiz Antonio Sierra Porto, do qual destacamos os seguintes trechos:

"(...) tentar construir um catálogo de DESCa a partir da Carta [da OEA] é

uma tarefa interpretativa complexa, utilizar tudo quanto é tratado de direitos humanos para preencher o conteúdo do artigo 26 da CADH pode gerar é uma dinâmica de '*vis expansiva*' da responsabilidade internacional dos Estados. É dizer que ao não ter presente um catálogo definido dos DESC cuja infração gera responsabilidade dos Estados, estes não podem prevenir nem reparar internamente as possíveis infrações porque basicamente a Corte IDH pode modificar o catálogo dos direitos dependendo do caso.

Neste sentido, a Sentença sob análise é preocupante porque inaugura uma lógica de funcionamento da justiça interamericana que não somente afeta o sistema de competências da Comissão e da Corte, mas também entra para modificar e adicionar um catálogo de novos direitos protegidos pela Convenção Americana.

Como se assinalou anteriormente, não é possível abordar os debates sobre a competência da Corte Interamericana em matéria de DESC sem ter em conta o Protocolo de San Salvador. A relevância do Protocolo reside em que é mediante este tratado que os Estados da região tomaram a decisão de definir quais são os DESC que estão obrigados a cumprir. Além disso, estabelecem de forma clara e precisa o conteúdo destes direitos.

Não obstante o anterior, os Estados tomaram a decisão soberana de restringir quais dos DESC consagrados no Protocolo podem ser objeto de supervisão por meio do mecanismo de petições individuais (...).

(...) mediante esta disposição [Protocolo de San Salvador, art. 19.6], os Estados resolveram limitar a competência da Comissão e da Corte para conhecer de casos contenciosos que não se encontrem relacionados com alguns direitos sindicais e com o direito à educação.

Além disso, esta limitação de competência não deve ser entendida como contraditória com o disposto no artigo 26 da Convenção Americana, pois essa norma expressa a vontade posterior e mais específica dos Estados sobre a competência da Corte Interamericana sobre DESC. Tampouco se deve ler a Convenção Americana de forma isolada sem levar em conta seu Protocolo, porquanto são tratados complementares que devem ser lidos e interpretados de maneira conjunta. Neste sentido, as distintas propostas de reforma do sistema IDH que pretendem incluir a judicialização de DESC deixam evidente que estamos diante de uma compreensão da Convenção contrária à vontade dos Estados, à vontade expressa de não tornar judicializáveis os DESC, salvo os que expressamente admite o artigo 19.6 do Protocolo.

(...) Tendo em conta o anteriormente indicado, estimo inconcebível que uma Sentença que declara a violação de um DESC no sistema interamericano não faça referência alguma ao Protocolo e aos seus alcances. (...) Em outras palavras, parece que o que se busca ao não fazer referência alguma ao Protocolo é o desejo de negar sua existência como tratado complementar da Convenção Americana, a vontade dos Estados que expressa o mesmo e os debates que surgem a partir de suas disposições. (...)” (voto, § 13 e seguintes).

Na sequência, o juiz Sierra Porto rebate o argumento adotado pela Corte IDH no *Caso Lagos del Campo* a respeito da interpretação evolutiva do art. 26 da Convenção para tornar judicializáveis diretamente os DESC, assim como o argumento da aplicação do

princípio *pro persona*:

“A ideia de superar os problemas de judicialização dos DESC a partir de uma interpretação evolutiva e supostamente ‘*pro persona*’ do artigo 26 da CADH tem sido constante por parte de quem apoia esta tese. Porém, este argumento tem um problema de base, posto que não leva em conta que para realizar uma correta interpretação de um tratado é necessário usar os demais métodos interpretativos com os quais conta o direito internacional, já que o método evolutivo não é o único que deve ser tido em conta.

Sobre os métodos de interpretação que devem ser levados em conta, os artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelecem os principais métodos. Isso tem sido acolhido pela Corte Interamericana em sua jurisprudência, de forma que além do método evolutivo, tem utilizado outros critérios de interpretação, tais como a interpretação literal, a interpretação sistemática e a interpretação teleológica.

(...) Finalmente, saliento que neste caso não se está diante de uma interpretação mais garantista da norma que permita a aplicação do princípio *pro persona*. Isto se deve a que o princípio *pro persona* deve ser aplicado quando a Corte se encontre frente a duas possíveis interpretações válidas e certas. Justamente, o que foi demonstrado é que a judicialização direta dos DESC a partir do artigo 26 da Convenção não é uma interpretação válida, dado que o que se está tentando é derivar um enunciado normativo que não corresponde à norma. Dito de outra forma, o princípio *pro persona* não pode ser utilizado para validar uma opção interpretativa que não decorre da norma e que, pelo contrário, implica uma modificação da mesma” (voto, § 21 e seguintes).

Antes de emitirmos a nossa opinião sobre o assunto, convém registrar que a Corte IDH reiterou o entendimento adotado no *Caso Lagos del Campo* em diversos outros precedentes, edificando uma *jurisprudência constante* sobre a matéria²⁰⁷. No entanto, foi somente no julgamento do *Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala*, em 23.08.2018, que a Corte IDH esclareceu melhor o seu entendimento sobre a matéria. Consideramos importante transcrever alguns trechos deste precedente da Corte IDH:

“(...) a Corte considera que o sentido corrente que deve ser atribuído à norma prevista no artigo 26 da Convenção é que os Estados se comprometeram a tornar efetivos ‘direitos’ que derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos (...). Neste sentido, este Tribunal adverte que embora a Carta da OEA consagre ‘princípios’ e ‘metas’ tendentes ao desenvolvimento integral, também se refere a certos ‘direitos’, tanto de maneira explícita como implícita. Desta forma, de uma interpretação literal do texto do artigo 26 é possível afirmar que se refere precisamente ao dever dos Estados de alcançar a efetividade dos ‘direitos’ que seja possível decorrer da Carta da

²⁰⁷ Neste sentido, ver, por exemplo: Opinião Consultiva n° 23/2017; *Caso Trabajadores Demitidos da Petroperu e outros vs. Peru*; *Caso San Miguel Rosa e outras vs. Venezuela*; *Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile*; *Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala*. Recentemente, no julgamento do *Caso Muelle Flores vs. Peru*, em 06.03.2019, a Corte IDH entendeu pela possibilidade de judicialização direta também do direito à seguridade social.

OEA. O texto da norma deve ser interpretado de forma tal que seus termos adquiram sentido e um significado específico, o que no caso do artigo 26 implica entender que os Estados acordaram medidas com o objetivo de dar plena efetividade aos 'direitos' reconhecidos na Carta da OEA.

(...) O Tribunal adverte que o fato de que os direitos decorrentes do artigo 26 estejam sujeitos às obrigações gerais da Convenção Americana não somente é resultado de questões formais, mas também resulta da interdependência e indivisibilidade recíproca existente entre os direitos civis e políticos e os econômicos, sociais, culturais e ambientais. (...)

Para este Tribunal, a interdependência e indivisibilidade dos direitos reconhecidos pela Convenção Americana nega qualquer separação, categorização ou hierarquia entre direitos para que sejam respeitados, protegidos e garantidos. (...) a Corte recorda que exerce jurisdição plena sobre todos seus artigos e disposições [da CADH] sobre a base dos artigos 62 e 63 da Convenção, entre os quais se encontra o artigo 26. (...)

(...) a Corte considera que o fato de que o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador estabeleça limites sobre a competência deste Tribunal para conhecer exclusivamente sobre violações a determinados direitos através do sistema de petições individuais não deve ser interpretado como um preceito que limite o alcance dos direitos protegidos pela Convenção nem sobre a possibilidade de a Corte conhecer sobre violações a esses direitos. Pelo contrário, o Tribunal adverte que uma interpretação sistemática e de boa-fé de ambos tratados leva à conclusão de que, ao não existir uma restrição expressa no Protocolo de San Salvador, que limite a competência da Corte para conhecer sobre violações à Convenção, esta limitação não deve ser assumida por este Tribunal. Além disso, a Corte recorda que o fato de que os Estados adotem protocolos ou tratados relacionados com matérias específicas, e definam a competência deste Tribunal para conhecer sobre aspectos definidos destes tratados, não implica uma limitação à competência deste Tribunal para conhecer sobre violações à Convenção Americana sobre aspectos substantivos que são regulados em ambos os tratados. (...)

Desta forma, a Corte considera que não existem elementos para considerar que, com a adoção do Protocolo de San Salvador, os Estados buscaram limitar a competência do Tribunal para conhecer sobre violações ao artigo 26 da Convenção Americana. A esse respeito, a Corte adverte que se a Convenção Americana não está sendo modificada expressamente com um ato posterior dos Estados, a interpretação que corresponde deve ser a menos restritiva a respeito do seu alcance em matéria de proteção dos direitos humanos. Além disso, o Tribunal recorda que a própria Convenção Americana prevê em seu artigo 76 um procedimento específico para realizar emendas à mesma, o qual requer uma aprovação de dois terços dos Estados partes da Convenção. Desta forma, seria contraditório considerar que a adoção de um Protocolo adicional, que não requer uma margem de aceitação tão elevada como uma emenda à Convenção Americana, possa modificar o conteúdo e o alcance dos efeitos da mesma. Consequentemente, a Corte considera que a mera existência do artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador não permite inferir conclusões com consequências limitativas a respeito da relação entre os artigos 26, 1.1, 2º, 62 e 63 da Convenção (§ 78 e seguintes).

E a Corte IDH assim conclui a sua argumentação lançada na sentença do *Caso Cuscul Pivaral*:

“A Corte adverte que uma interpretação literal, sistemática e teleológica permite concluir que o artigo 26 da Convenção Americana protege aqueles direitos que derivam das normas econômicas, sociais e de educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA. Os alcances destes direitos devem ser entendidos em relação com o resto das demais cláusulas da Convenção Americana, pelo que estão sujeitas às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2º da Convenção e podem ser assuntos de supervisão por parte deste Tribunal nos termos dos artigos 62 e 63 do mesmo instrumento. Esta conclusão se fundamenta não somente em questões formais, mas também resulta da interdependência e indivisibilidade dos direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, assim como da sua compatibilidade com o objeto e fim da Convenção, que é a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos. Corresponderá, em cada caso concreto que requeira uma análise de DESCAs, determinar se da Carta da OEA deriva explícita ou implicitamente um direito humano protegido pelo artigo 26 da Convenção Americana, assim como os alcances desta proteção” (§ 97).

Após toda a exposição dos argumentos vencedores e vencidos no âmbito da Corte IDH a respeito da judicialização direta dos DESCAs, o leitor certamente percebeu que estamos diante de um assunto complexo, em que nenhuma das posições defendidas passa imune a críticas²⁰⁸.

Ainda não nos julgamos em condições de emitir uma opinião conclusiva sobre o problema, pois ambas as posições – dos argumentos vencedores e dos vencidos – nos parecem parcialmente procedentes. Se por um lado damos razão aos juízes Vio Grossi e Sierra Porto quanto ao argumento de os Estados terem feito uma opção de limitar a judicialização direta dos DESCAs, seja quando redigiram a CADH, seja quando adotaram o Protocolo de San Salvador com o disposto no seu art. 19.6, por outro lado consideramos razoável o argumento da maioria formada na Corte IDH no sentido de que como o art. 76 da CADH exige um quórum de dois terços dos Estados membros para alterar o texto da Convenção Americana, a limitação da competência da Corte sobre os DESCAs não poderia se dar mediante a adoção do Protocolo de San Salvador, que não requer um quórum tão elevado de aprovação. E ainda, se por um lado damos razão aos juízes Vio Grossi e Sierra Porto no que diz respeito à densidade normativa peculiar do art. 26 da CADH – principalmente por ele não veicular um catálogo preciso de DESCAs –, por outro lado consideramos louvável o esforço argumentativo da maioria formada na Corte IDH

²⁰⁸ Para um aprofundamento no tema, ver: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PANTOJA, Rogelio Flores (coords.). *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana el caso Lagos del Campo e los nuevos desafíos*. Instituto de Estudios Constitucionales: México, 2018; BASULTO, Marcela Cecilia Rivera. *Justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Después de Lagos del Campo, qué sigue?* In: Revista IIDH nº 67, enero-junio 2018, p. 131-154; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2017.

para concretizar a indivisibilidade e a interdependência entre os DESCAs e os direitos civis e políticos.

Por isso, sem prejuízo de uma nova e mais profunda reflexão sobre o problema, na presente edição desta obra (3ª) preferimos simplesmente observar a virada jurisprudencial da Corte IDH com esperança de que os DESCAs sejam finalmente judicializáveis de forma direta, mas admitimos, sinceramente, que não estamos totalmente convencidos da superação dos obstáculos normativos existentes no sistema interamericano para que isso seja possível.

77. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile

Sentença de 08.03.2018

Mérito, reparações e custas

77.1. Resumo do caso

De acordo com a CIDH, o caso se refere à responsabilidade internacional do Chile por ações e omissões que ocorreram entre 17 de janeiro a 7 de fevereiro de 2001, quando o senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches, um idoso, ingressou em duas oportunidades no hospital público de Sótero del Río, onde faleceu na última data. A Comissão concluiu que existem elementos suficientes para considerar que a decisão de dar alta ao senhor Poblete Vilches e a maneira em que ela ocorreu pode ter determinado a rápida deterioração que ele sofreu nos dias imediatamente posteriores à sua saída do hospital e sua posterior morte quando ingressou novamente em grave estado de saúde. Além disso, a CIDH alega que o Estado foi responsável por não ter oferecido à vítima o tratamento intensivo que demandava em sua segunda entrada no hospital e que as investigações a nível interno não foram realizadas com a devida diligência e num prazo razoável.

O Estado reconheceu parcialmente a sua responsabilidade pelas violações de direitos humanos denunciadas.

Após o processamento do caso, a Corte concluiu que o Estado chileno não garantiu ao senhor Poblete Vilches seu direito à saúde sem discriminação, mediante serviços necessários e urgentes em relação à sua situação especial de vulnerabilidade como pessoa idosa. Portanto, a Corte declarou que o Estado violou o direito à saúde, em conformidade com o art. 26 da CADH, em relação com o art. 1.1 também da Convenção (§ 143). A Corte IDH também reconheceu que o Chile violou outros direitos humanos do senhor Poblete Vilches, como os direitos à vida e à integridade pessoal (artigos 4º e 5º da CADH).

Finalmente a Corte IDH fixou diversas medidas de reparação a serem cumpridas pelo Estado chileno, tais como a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade, a implementação de programas permanentes de educação em direitos humanos, a criação de uma política geral de proteção integral às pessoas idosas etc.

77.2. Pontos importantes

77.2.1. Atuação de defensora pública interamericana do Brasil. O advogado que representava o senhor Poblete Vilches deixou de atuar no caso. Com isso, para que a vítima não

ficasse sem representação legal, o Presidente da Corte IDH comunicou a AIDEF para que fosse designado um defensor público interamericano. Em 07.12.2017, o Coordenador-Geral da AIDEF comunicou a Corte que as defensoras públicas interamericanas Silvia Martínez e Rivana Barreto Ricarte atuariam na representação legal das vítimas. Rivana Barreto é defensora pública do Estado do Acre.

77.2.2. Conteúdo do art. 26 da CADH. A CADH prevê em seu art. 26 que “Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. De acordo com o entendimento da Corte IDH, o conteúdo do art. 26 da CADH abrange dois tipos de obrigações, sendo uma de natureza *progressiva* e outra de caráter *imediato*:

“A respeito das primeiras [natureza *progressiva*], às quais o Estado fez referência no presente caso, a realização progressiva significa que os Estados partes têm a obrigação concreta e constante de avançar o mais rápido e eficazmente possível até a plena efetividade dos DESCAs, o que não deve ser interpretado no sentido de que, durante a sua implementação, estas obrigações sejam privadas de um conteúdo específico, nem tampouco implica que os Estados possam adiar indefinidamente a adoção de medidas para tornar efetivos os direitos em questão, principalmente depois de quase quarenta anos da entrada em vigor do tratado interamericano. Além disso, impõe-se, portanto, a obrigação de *não regressividade* frente à realização dos direitos alcançados. A respeito das obrigações de caráter *imediato*, estas consistem em adotar medidas eficazes, a fim de garantir o acesso sem discriminação às prestações reconhecidas para cada direito. Estas medidas devem ser adequadas, deliberadas e concretas para a plena realização de tais direitos. (...)” (§ 104).

77.2.3. Reconhecimento do direito à saúde de maneira autônoma. Seguindo o entendimento adotado no *Caso Lagos del Campo vs. Peru*, a Corte IDH, no julgamento do *Caso Poblete Vilches*, reconheceu pela primeira vez o direito à saúde de forma autônoma, a partir do conteúdo do art. 26 da CADH, e não de forma mediata ou indireta mediante a conexão com algum direito civil (como os direitos à vida e à integridade pessoal). Vejamos a argumentação da Corte:

“Quanto ao direito à saúde protegido pelo artigo 26 da Convenção Americana, a Corte observa que os termos dele indicam que se trata daquele direito que deriva das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA. O artigo 34.i e 34.l da Carta estabelece, entre os objetivos básicos do desenvolvimento integral, o da ‘defesa do potencial humano mediante a extensão e aplicação dos modernos conhecimentos da ciência médica’, assim como das condições que tornem possível uma vida saudável, produtiva e digna. Por sua parte, o artigo 45.h destaca que ‘a pessoa somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações

mediante a aplicação de princípios e mecanismos', entre eles o: 'h) desenvolvimento de uma política eficiente de seguridade social'.

(...) Além disso, a Corte tem reiterado a integração da Declaração Americana na interpretação da Carta da OEA. (...) o artigo 29.d da Convenção Americana dispõe expressamente que: 'nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: d) excluir ou limitar o efeito que possa produzir a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza'.

Neste sentido, o artigo XI da Declaração Americana permite identificar o direito à saúde ao referir que toda pessoa tem direito 'a que sua saúde seja preservada por medidas sanitárias e sociais, relativas à alimentação, à vestimenta, à moradia e à assistência médica, correspondentes ao nível que permitam os recursos públicos e os da comunidade'. Tal disposição resulta relevante para definir o alcance do artigo 26, pois a Declaração Americana constitui, no pertinente e em relação com a Carta da Organização, uma fonte de obrigações internacionais.

Em vista do anterior, a Corte considera que o direito à saúde é um direito protegido pelo artigo 26 da Convenção" (§§ 106 e seguintes).

77.2.4. Parâmetros sobre o direito à saúde aplicáveis a situações de urgência. A Corte IDH aproveitou o julgamento do *Caso Poblete Vilches* para reiterar algumas considerações – e adicionar outras – sobre os parâmetros internacionais sobre o direito à saúde. Em primeiro lugar, a Corte ressaltou que os Estados têm o dever de regular permanentemente a prestação de serviços (públicos e privados) e a execução de programas nacionais relativos à prestação de serviços de qualidade (§ 119). Em segundo lugar, em diálogo com o Comentário Geral nº 14 do Comitê DESC, a Corte reiterou uma série de elementos essenciais e interrelacionados que devem ser satisfeitos em matéria de saúde, sendo eles a *qualidade*, a *acessibilidade*, a *disponibilidade* e a *aceitabilidade* (§ 120). E assim, tratando destes elementos no contexto das prestações médicas de urgência, a Corte fez as seguintes considerações:

"a) A respeito da *qualidade*, deve-se contar com a infraestrutura adequada e necessária para satisfazer as necessidades básicas e urgentes. Isto inclui qualquer tipo de ferramenta ou suporte vital, assim como dispor de recurso humano qualificado para responder às urgências médicas.

b) A respeito da *acessibilidade*, os estabelecimentos, bens e serviços de emergências de saúde devem ser acessíveis a todas as pessoas. A acessibilidade entendida desde as dimensões superpostas de não discriminação, acessibilidade física, acessibilidade econômica e acesso à informação. Fornecendo desta forma um sistema de saúde inclusivo baseado nos direitos humanos.

c) A respeito da *disponibilidade*, deve-se contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde, assim como de programas integrais de saúde. A coordenação entre estabelecimentos do sistema resulta relevante para cobrir de maneira integrada as necessidades básicas da população.

d) A respeito da *aceitabilidade*, os estabelecimentos e serviços de saúde devem

respeitar a ética médica e os critérios culturalmente apropriados. Ademais, devem incluir uma perspectiva de gênero, assim como as condições do ciclo de vida do paciente. O paciente deve ser informado sobre seu diagnóstico e tratamento, e frente a ele a sua vontade deve ser respeitada" (§ 121).

Em terceiro lugar e como condição transversal da acessibilidade, a Corte reiterou que o Estado é obrigado a garantir um tratamento igualitário a todas as pessoas que acessem os serviços de saúde, de modo que em conformidade com o artigo 1.1 da Convenção Americana não sejam permitidos tratamentos discriminatórios por qualquer condição social, inclusive a relativa à idade (§ 122).

Finalmente, em quarto lugar a Corte reiterou seu entendimento adotado no *Caso Suárez Peralta* de que o Estado deve prever mecanismos de supervisão e fiscalização estatal das instituições de saúde, tanto públicas como privadas, especialmente quando se trate de serviços de urgência médica (§ 124).

77.2.5. Direitos das pessoas idosas em matéria de saúde. A Corte IDH se pronunciou pela primeira vez no julgamento do *Caso Poblete Vilches* sobre os direitos das pessoas idosas em matéria de saúde. Sobre o *corpus iuris* internacional na matéria, a Corte anotou o seguinte:

"Este Tribunal verifica o importante desenvolvimento e consolidação de parâmetros internacionais nesta matéria. Assim, o artigo 17 do Protocolo de San Salvador contempla o direito à saúde das pessoas idosas; o Protocolo da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos relativo aos Direitos das Pessoas Idosas na África, e a Carta Social Europeia. Particular atenção merece a recente adoção da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, a qual reconhece que a pessoa idosa tem direito à sua saúde física e mental, sem nenhum tipo de discriminação, entre outras. Além disso, observa outros desenvolvimentos na matéria, tais como: os Princípios das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas, o Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento, a Proclamação sobre o Envelhecimento, a Declaração Política e o Plano de Ação Internacional de Madrid sobre o Envelhecimento, assim como outros de caráter regional, tais como: a Estratégia Regional de Implementação para América Latina e o Caribe, a Declaração de Brasília, o Plano de Ação da Organização Pan-Americana de Saúde sobre a Saúde das Pessoas Idosas, incluído o Envelhecimento Ativo e Saudável, a Declaração de Compromisso de Porto Espanha, a Carta de San José sobre os Direitos das Pessoas Idosas da América Latina e o Caribe" (§ 126).

Na sequência, a Corte destacou como um fato incontestável que a população está envelhecendo de maneira constante e considerável:

"A mudança vertiginosa do cenário demográfico nos países da região apresenta desafios, motivo pelo qual este impacto nos direitos humanos demanda que os Estados se envolvam para dar resposta de forma integral, a fim de que as pessoas idosas sejam reconhecidas como sujeitos de direitos especiais desde a prevenção até a promoção da saúde. Para isso, é necessário

também o envolvimento por parte da sociedade a fim de oferecer às pessoas idosas uma qualidade de vida.

(...) A Corte nota que, em muitas situações, há uma particular vulnerabilidade das pessoas idosas frente ao acesso à saúde. Sobre isso, ressalta a existência de diversos fatores como as limitações físicas, de mobilidade, a condição econômica ou a gravidade da enfermidade e possibilidades de recuperação. Além disso, em determinadas situações, esta vulnerabilidade se encontra agravada em razão do desequilíbrio de poder que existe na relação médico-paciente, pelo que resulta indispensável que se garanta ao paciente, de maneira clara e acessível, a informação necessária e o entendimento de seu diagnóstico ou situação particular, assim como das medidas ou tratamentos para enfrentar a situação.

Em vista disso, a Corte ressalta a importância de visibilizar as pessoas idosas como sujeitos de direitos com especial proteção e portanto de cuidado integral, com o respeito de sua autonomia e independência. (...) Portanto, esta Corte considera que, a respeito das pessoas idosas, como grupo em situação de vulnerabilidade, existe uma obrigação reforçada de respeito e garantia de seu direito à saúde. Isso se traduz na obrigação de lhes oferecer as prestações de saúde que sejam necessárias de maneira eficiente e contínua. Consequentemente, o descumprimento desta obrigação surge quando se lhes nega o acesso à saúde ou não se garante sua proteção, podendo também ocasionar uma violação de outros direitos" (§§ 130 e seguintes).

77.2.6. Conclusão geral sobre o direito à saúde. De forma muito didática, a Corte IDH resumiu o seu entendimento sobre o direito à saúde no *Caso Poblete Vilches* da seguinte forma:

"i) o direito à saúde é um direito autônomo protegido pelo artigo 26 da Convenção Americana; ii) este direito em situações de urgência exige dos Estados que adotem uma regulação adequada dos serviços de saúde, oferecendo os serviços necessários em conformidade com os elementos de disponibilidade, acessibilidade, qualidade e aceitabilidade, em condições de igualdade e sem discriminação, mas também oferecendo medidas positivas a respeito de grupos em situação de vulnerabilidade; iii) as pessoas idosas gozam de um nível reforçado de proteção a respeito dos serviços de saúde de prevenção e urgência; iv) para se imputar ao Estado a responsabilidade por mortes médicas é necessário que se demonstre a negação de um serviço essencial ou tratamento diante da previsibilidade do risco que enfrenta o paciente, ou ainda uma negligência médica grave, e que se evidencie um nexo causal entre a ação e o dano. Quando se trata de uma omissão deve-se verificar a probabilidade de que a conduta omissiva houvesse interrompido o processo causal que desembocou no resultado danoso; v) a falta de atenção médica adequada pode conduzir à violação da integridade pessoal; e vi) o consentimento informado é uma obrigação incumbida às instituições de saúde, as pessoas idosas ostentam a titularidade deste direito, porém se pode transferir sob certas circunstâncias a seus familiares e representantes. Além disso, persiste o dever de informar aos pacientes ou, quando seja necessário, aos seus representantes sobre os procedimentos e a condição do paciente" (§ 174).

77.2.7. Reconhecimento das pessoas idosas como grupo vulnerável. Ainda no *Caso Poblete Vilches*, a Corte IDH reconheceu pela primeira vez as pessoas idosas como vulneráveis, destacando “(...) a importância de visibilizar as pessoas idosas como sujeitos de direitos com proteção especial e, portanto, de cuidado integral, com o respeito de sua autonomia e independência” (§ 132). A Corte ainda acrescentou que “(...) considera que, em relação às pessoas idosas, como grupo em situação de vulnerabilidade, existe uma obrigação reforçada de respeito e garantia do seu direito à saúde” (§ 132)²⁰⁹.

78. Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname

Sentença de 04.12.1991	<i>Mérito</i>
Sentença de 10.09.1993	<i>Reparações e custas</i>

78.1. Resumo do caso

O caso retrata a agressão e o assassinato por parte de soldados do governo do Suriname contra indígenas pertencentes a etnia Bushnegroes no cais da comunidade indígena de Pokigron, distrito de Sipaliwini. Os indígenas foram agredidos com golpes de faca e coronhadas, e posteriormente obrigados a se deitarem de bruços no chão para que os soldados pisassem e urinassem sobre os eles, tudo isso a pretexto de serem membros do “Comando da Selva”.

Após tais acontecimentos, os indígenas foram arrastados com os olhos vendados a um veículo pertencente ao Estado do Suriname, rumo a cidade de Paramaribo. No entanto, no meio do percurso, os soldados do exército surinamês pararam o carro e ordenaram que os indígenas saíssem do veículo e escavassem determinado local. Após uma confusão diante da recusa dos indígenas, cinco deles foram assassinados e um conseguiu fugir, porém acabou falecendo dias depois diante do descaso com o qual foi atendido no hospital local.

A CIDH alegou que o Estado não cumpriu com a sua obrigação de zelar pelo respeito e garantais previstos na CADH e que, em virtude disso, deveria investigar os fatos narrados (dever de investigar e punir), além de contemplar as famílias das vítimas com uma justa indenização. O Estado reconheceu a sua responsabilidade internacional e pugnou pelo arquivamento do feito com a correspondente quantificação da indenização devida às vítimas.

A Corte IDH homologou a assunção de responsabilidade por parte do Estado por violação ao art. 1º (dever de respeitar os direitos humanos), art. 2º (dever de adotar e garantir os direitos em âmbito doméstico), art. 4º (direito à vida), art. 5º (integridade pessoal), art. 7º (liberdade pessoal) e art. 25 (proteção judicial), todos da CADH.

78.2. Pontos importantes

²⁰⁹ O reconhecimento das pessoas idosas como grupo vulnerável pela Corte IDH vai de encontro à jurisprudência do STJ (AgInt no AREsp 1.220.572, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 18.03.2019).

78.2.1. Primeiro caso em que a Corte IDH condena determinado Estado em uma obrigação de fazer de cunho material. Ao determinar a abertura de um posto médico, a reabertura de uma escola na comunidade indígena à qual pertenciam as vítimas, bem como a criação de uma fundação para a gestão do *quantum* indenizatório fixado pela sentença, a Corte IDH adotou pela primeira vez em sua jurisprudência uma postura mais ativista e progressista, superando-se a antiga visão de condenação exclusivamente pecuniária²¹⁰. Nota-se que esta postura do tribunal interamericano está em consonância com o entendimento fixado pelo TEDH no *Caso Gorgulu vs. Alemanha*, no qual o Tribunal Europeu também passou a aplicar de forma mais incisiva o modelo de tutela específica de direitos em suas condenações, deixando para trás o modelo fundado apenas na reparação *in pecunia* quando inviável a aplicação do princípio da *restitutio in integrum*²¹¹.

78.2.2. Primeiro caso envolvendo a temática do Direito das Sucessões na jurisdição da Corte IDH. O *Caso Aloeboetoe vs. Suriname* ofereceu à Corte IDH a primeira oportunidade de se manifestar sobre questões atinentes ao direito sucessório, como por exemplo o reconhecimento do *status* de “princípio geral do Direito” de normas envolvendo o direito das sucessões, a aplicação do princípio da *saisine* e a convencionalidade do instituto do fideicomisso.

78.2.2.1. Aplicação do princípio da *saisine*. Reconhecidamente tido como princípio basilar do direito sucessório, o princípio da *saisine*, também chamado de delação hereditária ou devolução sucessória, pode ser compreendido pela ideia de que uma vez perfectibilizado o evento morte, a herança se transmite imediatamente aos sucessores, independentemente de qualquer ato do herdeiro. Nesse sentido, ao afirmar que em casos nos quais a vítima é falecida ou morta presumidamente “os danos sofridos pelas vítimas dão direito a uma indenização” e que “este direito das vítimas se transfere por sucessão a seus herdeiros” (§ 54), o tribunal interamericano reconhece de forma implícita a incidência do princípio da *saisine* no âmbito da jurisdição interamericana.

78.2.2.2. Reconhecimento das normas básicas do direito das sucessões como “princípios gerais de direito”. Em virtude da não ratificação da Convenção 169 da OIT pelo Estado do Suriname, bem como da inexistência de norma convencional e consuetudinária envolvendo o direito das sucessões na época dos fatos, a Corte IDH reconheceu, com base no artigo 38.1.c do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o *status* de princípios gerais do direito às normas básicas de direito das sucessões, aduzindo que “esses princípios gerais de direito se referem a ‘filhos’, ‘cônjuges’ e ‘ascendentes’”. Esses termos devem ser interpretados segundo o direito local, levando-se em consideração os costumes da população Saramaca na interpretação das expressões mencionadas, na medida em que o costume local não seja contrário à Convenção Americana de Direitos Humanos. Porém, no que se refere ao termo ‘ascendentes’, o Tribunal não fará qualquer distinção entre

²¹⁰ Neste sentido, ver também: RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 283-284.

²¹¹ Para um maior aprofundamento sobre o *Caso Gorgulu vs. Alemanha* e questões específicas sobre a “Doutrina Gorgulu”, ver: ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

sexos, mesmo quando é contrário ao costume saramaca” (§ 62).

78.2.2.3. Convencionalidade do instituto sucessório conhecido como fideicomisso. Ainda no *Caso Aloeboetoe*, a Corte IDH condenou o Estado do Suriname a instituir uma fundação para a gestão do *quantum* indenizatório fixado na sentença. Durante o trâmite do caso, a CIDH propôs a instituição de um fideicomisso, buscando resguardar o pagamento das indenizações às vítimas de forma paulatina e graduada, principalmente aos menores de idade, à luz do superior interesse dos infantes envolvidos. Ao deliberar sobre o tema, a Corte IDH decidiu que: “O fideicomisso dos menores de idade se constituirá com as indenizações que devem receber todos aqueles beneficiários que completarem 21 (vinte e um) anos de idade e não contraírem matrimônio” (§ 101). Com isso, a Corte avalizou a proposta da CIDH e reconheceu a convencionalidade do instituto clássico do direito das sucessões conhecido como fideicomisso.

78.2.3. Primeiro caso em que a Corte IDH menciona as normas de *jus cogens*. O *Caso Aloeboetoe* também merece destaque na jurisprudência do tribunal interamericano pelo fato de ter sido neste julgamento que a Corte reconheceu, pela primeira vez, as normas de *jus cogens* (*peremptory norms*) em sua jurisprudência. Segundo o artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, “(...) Uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza” (art. 53). Sobre este ponto, é importante frisar dois aspectos: a) não há *a priori* um rol de quais são as normas de *jus cogens* no arcabouço internacional, sendo o reconhecimento e a construção de tais normas uma incumbência dos tribunais internacionais; b) não são todas as normas internacionais de direitos humanos que integram o *jus cogens*.

78.2.4. Primeiro caso envolvendo direito dos povos indígenas na jurisdição da Corte IDH. O *Caso Aloeboetoe* também se destaca como o primeiro precedente da Corte IDH sobre a interpretação internacional dos direitos dos povos indígenas.

78.2.5. Utilização do preâmbulo da CADH como fundamento decisório. Ao examinar se determinada legislação indígena prejudicial aos não indígenas poderia ser utilizada como fundamento em sua decisão, a Corte IDH decidiu com base no preâmbulo da CADH que não seria possível a aplicação desta legislação de forma prejudicial, sob pena de violação ao princípio *pro persona*. Na mesma linha, não seria possível aplicar as normas de Direito Civil de maneira prejudicial aos indígenas que desconhecem o seu teor ou mesmo a sua forma de aplicação. Portanto, é possível atribuir um certo grau de normatividade ao preâmbulo da CADH, situação diametralmente oposta à do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que é reconhecido pela sua irrelevância normativa, nos termos da jurisprudência consolidada do STF.

78.2.6. Primeira vez na história da jurisprudência da Corte em que um Estado reconheceu a sua própria responsabilidade internacional. De forma histórica e paradigmática o Estado do Suriname foi o primeiro a reconhecer a sua responsabilidade internacional por violações de direitos humanos perante a Corte.

78.3. Conexões com o direito brasileiro:

78.3.1. Irrelevância normativa do preâmbulo da Constituição Federal de 1988: Diferentemente do posicionamento da Corte IDH no *Caso Aloeboetoe*, o STF possui jurisprudência consolidada reconhecendo a *irrelevância normativa* do preâmbulo da Constituição Federal de 1988 (ADI 2.076, rel. min. Carlos Veloso, Plenário, j. 15.08.2002). Segundo o STF, o preâmbulo não é norma jurídica e pode ser utilizado apenas como balizador hermenêutico pelos intérpretes da Constituição.

78.3.2. Superação do modelo da reparação *in pecunia* para o modelo da tutela específica. Assim como na jurisprudência interamericana, o antigo modelo de responsabilidade civil no Estado brasileiro também era pautado pelo postulado da reparação *in pecunia*. Quando não fosse possível o retorno ao *status quo ante*, a parte que sofreu o evento danoso era indenizada em dinheiro. Atualmente, desde a inserção do artigo 461-A no antigo Código de Processo Civil em 2002²¹², o processo civil brasileiro trabalha com a ideia de *tutela específica*, desenvolvida por Luiz Guilherme Marinoni²¹³, a qual propõe que a satisfação de determinada obrigação seja realizada da forma mais específica e correlata possível ao dano sofrido, não devendo ser necessariamente restituída em dinheiro, mas também a partir de obrigações específicas de fazer, não fazer e dar, sendo possível nestes casos, a utilização de meios coercitivos diretos e indiretos. É possível afirmar, portanto, que a jurisprudência da Corte IDH adotou o modelo da tutela específica antes mesmo do direito brasileiro.

79. Caso Castañeda Gutman vs. México

Sentença de 06.08.2008

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

79.1. Resumo do caso

Em março de 2004 o senhor Castañeda Gutman apresentou ao Conselho Geral do Instituto Federal Eleitoral (IFE) uma solicitação de inscrição como candidato independente ao cargo de Presidente do México para as eleições de 2006. A Direção Executiva do IFE indeferiu o pedido e afirmou que, de acordo com a legislação nacional, somente os partidos políticos podem solicitar o registro de candidaturas para cargos de eleição popular. A decisão do IFE foi confirmada pelo Poder Judiciário do Estado demandado.

Para a CIDH e os representantes da vítima, o México violou o art. 25 da CADH ao não garantir um recurso simples, rápido e efetivo para combater a decisão que indeferiu o registro da candidatura independente ou avulsa do senhor Gutman.

Após o processamento do caso, a Corte IDH primeiro concluiu que como o recurso de amparo – equivalente ao mandado de segurança no Brasil – não era pertinente em matéria eleitoral, e ainda, considerada a natureza extraordinária da ação de inconstitucionalidade, na época dos fatos não havia no México um recurso efetivo que possibilitasse às pessoas questionar a regulamentação legal do direito político a ser eleito, previsto na Constituição nacional e na Convenção Americana. Em razão disso, a Corte IDH declarou

²¹² Atualmente, a matéria é regulada pelo art. 536 do novo CPC.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*. 2ª ed. São Paulo RT, 2001.

que o México violou o art. 25 da CADH.

No entanto, a Corte IDH não reconheceu a violação do art. 23.1.b da CADH pelo Estado conforme havia sido requerido pelos representantes da vítima. Para a Corte IDH, a condicionante da filiação partidária para disputar eleições constitui-se numa medida que busca um fim legítimo:

“(...) a Corte estima que no presente caso a exclusividade de nomeação por partidos políticos para cargos eletivos de nível federal é um medida idônea para produzir o resultado legítimo buscado de organizar de maneira eficaz os processos eleitorais com o fim de realizar eleições periódicas, autênticas, por sufrágio universal e igual, e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores de acordo com o estabelecido pela Convenção Americana.

Finalmente, a Corte considera que ambos os sistemas, um construído sobre a base exclusivamente de partidos políticos, e outro que também admite candidaturas independentes, podem ser compatíveis com a Convenção e, portanto, a decisão sobre qual sistema escolher está nas mãos da definição política que faça o Estado, de acordo com suas normas constitucionais. (...)

Com base nos argumentos anteriores, a Corte não considera provado no presente caso que o sistema de registro de candidaturas a cargo dos partidos políticos constitua uma restrição ilegítima para regular o direito a ser escolhido previsto no artigo 23.1.b da Convenção Americana e, portanto, não constatou uma violação ao artigo 23 deste tratado” (§ 203 e seguintes).

79.2. Pontos importantes

79.2.1. Convencionalidade do sistema eleitoral que proíbe a candidatura avulsa ou independente. O *Caso Castañeda Gutman vs. México* se destaca em razão do entendimento adotado pela Corte IDH no sentido da convencionalidade do sistema eleitoral que proíbe a candidatura avulsa ou independente²¹⁴. A discussão decorre de uma interpretação mais literal – pelos representantes da vítima – do art. 23.2 da CADH, segundo o qual “A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior [direitos políticos de votar e ser votado], exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”. Assim, para os representantes da vítima, como a filiação partidária não está prevista no art. 23.2 da CADH, e tendo em vista a utilização da expressão “exclusivamente” por este dispositivo, a limitação do direito de ser votado com a imposição da condicionante da filiação partidária seria inconvenção.

Antes de explicitar melhor e mais amplamente o entendimento da Corte IDH, vejamos no quadro a seguir os argumentos de ambas as partes do *Caso Castañeda Gutman* sobre a candidatura avulsa ou independente:

²¹⁴ Sobre o tema, ver: ALBUQUERQUE GALDINO, Juliana Luiza de Araújo. *Candidaturas avulsas são compatíveis com o sistema jurídico brasileiro?*. In: Revista de Estudos Eleitorais, Recife, v. 1, número 2, p. 77-81; CARVALHO, Volgane Oliveira. *O Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos e seus reflexos sobre a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990)*. In: Estudos Eleitorais, v. 9, número 2, maio/agosto 2014, Brasília, p. 106-122.

Argumentos das partes do *Caso Castañeda Gutman vs. México* sobre a candidatura avulsa ou independente

“O Estado argumentou que o sistema de nomeação sob a responsabilidade de partidos políticos responde a distintas necessidades sociais. Em primeiro lugar, responde a uma necessidade de caráter históricos e política, que é a de criar e fortalecer um sistema de partidos políticos onde não existia; pelo contrário, havia um regime de partido hegemônico ou partido oficial de Estado.

Além disso, o Estado ressaltou que seu sistema de registro de candidaturas também responde à necessidade de organizar um processo eleitoral numa sociedade de 75 milhões de eleitores, na qual as candidaturas independentes poderiam propiciar a multiplicação dos aspirantes aos cargos públicos, de maneira que a representação popular se fragmentaria e se chegaria a um tal grau que o processo eleitoral não resultaria operacional, pela complicação que poderia gerar em suas diversas etapas.

Finalmente, segundo o Estado a necessidade do sistema vigente também se relaciona com o sistema de financiamento predominantemente público do sistema eleitoral mexicano. Este modelo de financiamento busca três efeitos: primeiro, gerar condições de equidade na competência política; segundo, deixar transparentes os recursos utilizados nas disputas eleitorais (...); e, terceiro, impedir que os interesses privados, lícitos ou ilícitos, estejam presentes na disputa política. A esse respeito, o Estado alegou que as candidaturas independentes: i) dificultariam a fiscalização do financiamento, o que poderia gerar o predomínio de interesses privados sobre o interesse público, inclusive a possibilidade de atividades ilícitas relacionadas com desafios que o país enfrenta, particularmente aqueles relacionados ao crime organizado em grande escala; ii) poderiam provocar a dispersão dos fundos públicos considerado o financiamento predominantemente público aos candidatos, tornando-se um sistema absolutamente insustentável, com a conseqüente e evidente desigualdade entre os candidatos postulados pelos partidos políticos e os que eventualmente concorram por

“Por sua vez, os representantes [da vítima] alegaram a necessidade das candidaturas independentes ao ressaltar, entre outras considerações, que é mínimo o porcentual da população que expressa interesse de participar numa organização partidária, a pouca credibilidade dos partidos políticos (...), os baixos índices de participação registrados em alguns Estados da Federação e a busca por alternativas pelos cidadãos. De acordo com os representantes, as candidaturas independentes operariam como uma válvula de escape, mas também como um incentivo para que os partidos políticos busquem os candidatos que melhor lhes representem” (§ 190 e seguintes).

<p>suas próprias vias; (...). A introdução de candidaturas independentes implicaria uma mudança radical do sistema eleitoral que tem se revelado exitoso na última década" (§ 187 e seguintes).</p>	
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

Vejamos agora alguns trechos da decisão da Corte IDH, que, conforme já apontamos anteriormente, não acolheu o pedido dos representantes da vítima para declarar convencional o sistema eleitoral que veda as candidaturas avulsas ou independentes:

"(...) a Corte estima que não é possível aplicar ao sistema eleitoral estabelecido num Estado somente as limitações do parágrafo 2º do artigo 23 da Convenção Americana. Porém, as medidas que os Estados adotam com a finalidade de garantir o exercício dos direitos convencionais não estão excluídas da competência da Corte Interamericana quando se alega uma violação dos direitos humanos previstos na Convenção. Consequentemente, a Corte deve examinar se um desses aspectos vinculados à organização e regulamentação do processo eleitoral e dos direitos políticos, a exclusivamente da nomeação de candidatos a cargos federais por parte dos partidos políticos, implica uma restrição indevida aos direitos humanos consagrados na Convenção.

A Corte considera que o artigo 175 da legislação mexicana sob exame tem por finalidade organizar o processo eleitoral e o acesso dos cidadãos ao exercício do poder público em condições de igualdade e de maneira eficaz. Esta finalidade resulta essencial para o exercício dos direitos de votar e ser votado em eleições periódicas autênticas, por sufrágio universal e igual, e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores, nos termos do artigo 23 da Convenção Americana.

(...) As candidaturas independentes podem ser reguladas de maneira que facilitem e ampliem o acesso ao direito de ser votado, mas também pode ocorrer que para inscrever candidaturas independentes se estabeleçam mais requisitos que os estabelecidos para nomear um candidato por um partido político. O simples fato de permitir candidaturas independentes não significa que se trata do meio menos restritivo para regular o direito a ser votado. O essencial é que qualquer dos dois sistemas que seja escolhido seja acessível e garanta o direito e a oportunidade de ser votado previsto na Convenção em condições de igualdade.

A Corte observa que o Estado fundamentou sua afirmação de que a regulação objetada pelo senhor Castañeda Gutman não era desproporcional. Por sua vez, a suposta vítima não argumentou nem demonstrou elemento algum que permita concluir que o requisito de ser nomeado por um partido político lhe impôs obstáculos concretos e específicos que significassem uma restrição desproporcional, gravosa ou arbitrária a seu direito de ser votado. Pelo contrário, a Corte observa que o senhor Castañeda Gutman inclusive dispunha de alternativas para exercer seu direito a ser votado, tais como ingressar num partido político e tentar pela via da democracia interna obter a nomeação e ser nomeado por um partido; ser candidato externo de um

partido; formar seu próprio partido e competir em condições de igualdade ou, finalmente, formar uma agrupação política nacional que celebre um acordo de participação com um partido político. De acordo com o que consta no expediente, a suposta vítima não utilizou nenhuma dessas alternativas.

A respeito de se a medida é compatível com um objetivo legítimo, (...) a Corte estima que no presente caso a exclusividade da nomeação por partidos políticos para cargos eletivos de nível federal é uma medida idônea para produzir o resultado legítimo perseguido de organizar de maneira eficaz os processos eleitorais com o fim de realizar eleições periódicas, autênticas (...).

Finalmente, a Corte considera que ambos os sistemas, um construído sobre a base exclusivamente de partidos políticos, e outro que admite também candidaturas independentes, podem ser compatíveis com a Convenção e, portanto, a decisão sobre qual sistema escolher está nas mãos da definição política que deve fazer o Estado, de acordo com suas normas constitucionais. (§ 161 e seguintes).

Compreendemos assim o entendimento da Corte IDH no *Caso Castañeda Gutman*, que acabou por conferir aos Estados uma “margem de apreciação” para definirem as características dos seus sistemas eleitorais: a) o art. 23.2 da CADH não pode ser interpretado literalmente – no que diz respeito às condições que podem limitar o exercício dos direitos políticos de votar e ser votado –, mas sim no contexto geral da Convenção Americana; b) os Estados podem estabelecer outras condições para o exercício dos direitos políticos de votar e ser votado, desde que sejam estritamente legais, busquem uma finalidade legítima, sejam necessárias numa sociedade democrática e também proporcionais (proporcionalidade esta que, por sua vez, é verificada a partir dos seguintes requisitos: i) satisfaz uma necessidade social imperiosa; ii) é a que restringe em menor grau o direito protegido; e iii) se ajusta estritamente à busca do objetivo legítimo); e c) é convencional – por observar os requisitos colocados no item anterior – a proibição da candidatura avulsa ou independente.

Finalmente, consideramos oportuno transcrever o entendimento da Corte IDH a respeito da ausência de similaridade entre o *Caso Castañeda Gutman* e o *Caso Yatama*:

“A Corte observa que embora os representantes da suposta vítima tenham afirmado que o caso *Yatama* e o presente caso eram análogos, não proporcionaram razões ou argumentos que permitissem argumentar que ambos os casos compartilham certas propriedades relevantes que poderiam ser classificadas como essenciais e, portanto, capazes de aplicar a mesma consequência legal a ambos os casos. Com efeito, para que um caso seja análogo a outro é necessário acreditar que existe uma semelhança entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo em virtude de que ambos compartilham as mesmas propriedades relevantes essenciais, o que permite aplicar a mesma consequência jurídica a ambos casos.

A Corte adverte que não se pode sustentar que exista identidade entre as circunstâncias de fato e o conflito jurídico subjacente no caso *Yatama* e as circunstâncias de fato e o solicitado pela suposta vítima no presente caso, para poder concluir que a este último é aplicável a consequência jurídica do primeiro caso.

O caso *Yatama* trata de pessoas que pertencem a comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica de Nicarágua que se diferenciam da maioria da população, por suas línguas, costumes e formas de organização, que enfrentavam sérias dificuldades que os mantinham numa situação de vulnerabilidade e marginalidade para participar na tomada de decisões públicas dentro deste Estado, onde o requisito de participar politicamente através de um partido se traduzia numa forma de organização alheia aos usos, costumes e tradições, que impedia, sem alternativas, a participação dos referidos candidatos nas eleições municipais respectivas. Por outro lado, o presente caso trata de uma pessoa que desejava se apresentar como candidato independente, que não alegou nem provou representar interesses de algum grupo vulnerável ou marginalizado da sociedade que estivesse impedido formal ou materialmente para acessar a qualquer das alternativas que o sistema eleitoral mexicano oferecia para participar nas eleições, e que tinha diversas alternativas idôneas para poder se apresentar como candidato.

Consequentemente, a Corte estima que este precedente não desvirtua os parâmetros gerais do direito internacional, mas sim os afirma no sentido de que é possível a existência de diversos sistemas eleitorais que sejam compatíveis com a Convenção” (§ 170 e seguintes).

79.3. Conexões com o Direito brasileiro

79.3.1. A vedação da candidatura avulsa ou independente no Brasil. A CF/88 estabelece a filiação partidária como uma condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, V) e a Lei 9.504/97 – neste ponto alterada pela Lei 13.488/2017 – reafirmou esse princípio da vinculação das candidaturas aos partidos políticos quando estabeleceu que “É vedado o registro de candidatura avulsa, ainda que o requerente tenha filiação partidária” (art. 11, § 14). A candidatura avulsa ou independente, que já existiu no Brasil e foi mantida até 1945²¹⁵, também não tem sido permitida pelo TSE²¹⁶. O tema deve ser enfrentado muito em breve pelo STF, que admitiu a repercussão geral da questão no ARE 1.054.490, tendo o min. Roberto Barroso (relator) designado audiência pública para o dia 09.12.2019. Interessante registrar que a – então – Procuradora-Geral da República Raquel Dodge, em parecer de 51 laudas apresentado em outubro de 2017 no ARE 1.054.490, sem qualquer menção ao entendimento adotado pela Corte IDH no *Caso Castañeda Gutman vs. México*, concluiu pela possibilidade da candidatura avulsa ou independente nestes termos: “O art. 23, inc. I, b, e o inc. 2, do Pacto de São José, veda a restrição da capacidade eleitoral passiva por motivos diversos dos ali estabelecidos, entre os quais não se inclui a filiação partidária, de sorte que o art. 14, § 3º, da CR, foi por ele privado de eficácia: licitude das candidaturas avulsas no direito brasileiro”²¹⁷.

²¹⁵ Neste sentido, ver a decisão do min. Celso de Mello no MI 6.977, j. 05.10.2018.

²¹⁶ “Negado seguimento a primeiros pedidos de registro de candidatura avulsa a presidente”: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Setembro/negado-seguimento-a-primeiros-pedidos-de-registro-de-candidatura-avulsa-a-presidente>. Acesso em 15.10.2019.

²¹⁷ A íntegra do parecer pode ser acessada em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-mp-avulsa.pdf>. Acessado em 15.10.2019.

80. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxe vs. Paraguai

Sentença de 29.03.2006

Mérito, reparações e custas

80.1. Resumo do caso

Este caso iniciou-se a partir de uma denúncia realizada no dia 15 de maio de 2001 pela ONG TierraViva a los Pueblos Indígenas del Chaco contra o Estado do Paraguai perante a CIDH. Em breve síntese, a organização não governamental alegou que o Estado do Paraguai violou os artigos 8.1 (garantias judiciais), 21 (direito de propriedade) e 25 (proteção judicial), todos da CADH. As violações teriam ocorrido a partir de uma omissão do Paraguai em dar cumprimento às medidas cautelares referentes às áreas indígenas já requeridas pela Comunidade, uma vez que tal situação implicou sérias restrições de acesso aos indígenas em suas terras tradicionais, bem como em implicações envolvendo o próprio desenvolvimento cultural, econômico e social, ocasionando, inclusive, uma série de mortes dos membros da Comunidade Sawhoyamaxe por ausência de assistência médica, sanitária e nutricional.

A CIDH emitiu uma série de recomendações ao Estado do Paraguai, todas visando materializar de forma eficaz o direito à propriedade e à posse da comunidade indígena de suas terras, bem como para solucionar o estado de calamidade médica, sanitária e nutricional da comunidade indígena. O Paraguai não concordou com os pontos da recomendação e a CIDH denunciou o caso à Corte IDH no dia 31 de janeiro de 2005.

Ao examinar o caso, a Corte reconheceu as violações aos artigos 8.1 (garantias judiciais), 21 (direito de propriedade) e 25 (proteção judicial), todos da CADH e condenou o Estado do Paraguai a adotar medidas necessárias para, em um prazo de três anos, entregar a titulação das terras indígenas aos membros da Comunidade Sawhoyamaxe, bem como implementar um sistema de comunicação que permita aos indígenas uma fácil comunicação com as autoridades do Estado, seja para tratar de questões sanitárias ou de questões relacionadas a terra.

80.2. Pontos importantes para o caso:

80.2.1 Vínculo espiritual e material da identidade da comunidade indígena e direito à recuperação de suas terras. Ao analisar o *Caso Sawhoyamaxe*, a Corte IDH decidiu que, enquanto o vínculo espiritual e material da identidade dos povos indígenas continuar existente em relação às suas terras tradicionais, subsiste o direito desses povos à recuperação de suas terras. A Corte definiu dois critérios para aferir a existência ou não da relação dos indígenas com suas terras: “i) ela pode se expressar de distintas maneiras segundo o povo indígena de que se trate e as circunstâncias concretas em que se encontre; e ii) a relação com as terras deve ser possível. Algumas formas de expressão desta relação poderiam incluir o uso ou a presença tradicional, através de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta estacional ou nômade; uso de recursos naturais ligados a seus costumes, e qualquer outro elemento característico de sua cultura. O segundo elemento implica que os membros da Comunidade não sejam impedidos, por causas alheias à sua vontade, de realizar as atividades que

revelam a persistência da relação com suas terras tradicionais” (§ 113).

Nota-se que a partir dos critérios desenvolvidos pela Corte IDH, levando em consideração, inclusive, vínculos espirituais de ancestralidade dos indígenas com o território, é possível afirmar que a jurisprudência da Corte IDH adota a teoria do indigenato em matéria de reconhecimento de terras indígenas²¹⁸.

80.2.2. Impossibilidade de a Corte IDH analisar o pertencimento étnico ou o nome de determinada comunidade indígena. Também no *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, a Corte se manifestou pela impossibilidade de analisar se o nome de determinada comunidade indígena está de acordo com suas tradições, bem como se determinada comunidade indígena pertence realmente ou não à determinada etnia, sendo tais matérias de atribuição exclusivas dos membros da comunidade indígena. Nesse sentido, a Corte ressaltou que “A identificação da Comunidade, desde seu nome até sua composição, é um fato histórico-social que faz parte de sua autonomia. Este tem sido o critério do Tribunal em situações similares, portanto, a Corte e o Estado devem limitar-se a respeitar as determinações que a Comunidade apresente neste sentido, ou seja, a forma como esta se auto identifique” (§ 37).

80.2.3. Direito à vida digna e seus componentes elementares. Ao analisar o direito à vida digna dos membros da comunidade indígena Sawhoyamaya, a Corte dividiu o referido direito em quatro consectários: acesso e qualidade da água (direito à água potável), direito à alimentação, direito à saúde e direito à educação. Ao discorrer sobre cada um desses consectários do direito à vida digna, a Corte reconheceu que todos os eixos foram violados pelo Estado do Paraguai.

80.2.4. Mortalidade e morbidade materna das mulheres indígenas. O tema da gravidez envolvendo mulheres indígenas e os incidentes e percalços que permeiam tal fenômeno também foram analisados. A Corte deixou claro que “A extrema pobreza e a falta de atendimento médico adequado a mulheres em estado de gravidez ou pós-gravidez são causas de alta mortalidade e morbidade materna. Por isso, os Estados devem oferecer políticas de saúde adequadas que permitam oferecer assistência com pessoal treinado adequadamente para o atendimento dos nascimentos, políticas de prevenção da mortalidade materna através de controles pré-natais e pós-parto apropriados, e instrumentos legais e administrativos em políticas de saúde que permitam documentar corretamente os casos de mortalidade materna. Isso porque as mulheres em estado de gravidez requerem medidas de especial proteção” (§ 233).

Ainda sobre a temática “mulheres indígenas”, a CIDH publicou um informe com dados aprofundados sobre a situação de sua vulnerabilidade nos Estados da OEA²¹⁹.

80.2.5. Direito à vida cultural das crianças indígenas. A Corte IDH também analisou a questão envolvendo a obrigação de promoção e garantia da identidade cultural, concluindo que “Dentro da obrigação geral dos Estados de promover e proteger a diver-

²¹⁸ Para maiores informações sobre a teoria do indigenato e sua diferenciação em relação a teoria do fato indígena, ver comentários do *Caso Povo Xucuru vs. Brasil*.

²¹⁹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Mulheres Indígenas*, 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/2018/Brochure-MujeresIndigenas-pt.pdf>

sidade cultural está incluída a obrigação especial de garantir o direito à vida cultural das crianças indígenas” (§ 262). Nesse sentido, continuou a Corte: “(...) a perda de práticas tradicionais, como os rituais de iniciação feminina ou masculina e as línguas da Comunidade, e os prejuízos derivados da falta de território, afetam de forma particular o desenvolvimento e a identidade cultural dos meninos e das meninas da Comunidade, que não poderão sequer desenvolver essa especial relação com seu território tradicional e essa particular forma de vida própria de sua cultura se não forem implementadas as medidas necessárias para garantir o desfrute destes direitos”.

81. Caso Gudiel Álvares e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala

Sentença de 20.11.2012	<i>Mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 19.08.2013	<i>Interpretação da sentença</i>

81.1. Resumo do caso

No início de 2011, a CIDH denunciou o Estado da Guatemala à Corte IDH pelo desaparecimento forçado de vinte e seis pessoas que constavam em uma lista do serviço de inteligência militar da Guatemala conhecida como “Diário Militar”. O referido diário possuía detalhes dos crimes cometidos contra cada uma das vinte e seis pessoas desaparecidas, detalhando, por exemplo, homicídios, torturas e desaparecimentos forçados cometidos por agentes do Estado da Guatemala.

O documento foi publicamente divulgado na imprensa guatemalteca mas a Guatemala não investigou os delitos e o paradeiro das vítimas em virtude de Leis de Anistia promulgadas no Estado da Guatemala.

Ao ser demandado na Corte IDH, a Guatemala reconheceu parcialmente sua responsabilidade, porém foi condenada por violar diversos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, como por exemplo, o art. 3º (personalidade jurídica), art. 4º (direito à vida), art. 5º (integridade pessoal), art. 7º (liberdade pessoal), art. 8º (garantias judiciais), art. 16 (liberdade de associação), art. 22 (circulação e residência) e art. 25 (proteção judicial). Além disso, a Corte condenou o Estado da Guatemala por violar o art. 1º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e os artigos 1º, 6º e 8º da Convenção da Interamericana da Convenção sobre Tortura.

81.2. Pontos importantes

81.2.1. Obrigações positivas e negativas oriundas do direito à liberdade de associação. Segundo o artigo 16.1 da CADH, “Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza”. Ao analisar o *Caso Gudiel Álvarez e outros vs. Guatemala*, a Corte IDH estabeleceu que é possível extrair uma obrigação dúplice para o Estado a partir do mencionado dispositivo, sendo uma de natureza negativa, consistente na não intervenção na liberdade das pessoas de se associarem livremente umas com as outras, e outra de caráter positivo, consistente na prevenção de atentados contra a li-

berdade de associação, bem como na proteção dos associados, inclusive com a investigação de eventual violação do direito à liberdade de associação (§ 219).

81.2.2. Extensão do conteúdo normativo do art. 11 da CADH. Também ao analisar o *Caso “Diário Militar”*, a Corte entendeu que, embora o art. 11 da CADH seja intitulado como “Proteção da Honra e da Dignidade”, o seu conteúdo inclui, entre outros, a proteção da vida privada, sendo que o conceito de vida privada compreende também a vida sexual (§ 276).

81.2.3. Caráter dúplice do dever Estado diante de uma situação de deslocamento forçado de pessoas. A Corte IDH deixou expressamente consignado ao Estado da Guatemala, responsável pelo deslocamento forçado de pessoas, que o dever estatal de proteger os direitos das pessoas deslocadas implica “não apenas o dever de adotar medidas de prevenção, mas também de disponibilizar as condições necessárias para facilitar um retorno voluntário, digno e seguro a seu lugar de residência habitual ou a seu reassentamento voluntário em outra parte do país. Para tanto, deve-se garantir sua participação plena no planejamento e gestão de seu retorno ou reintegração” (§ 305).

A Corte, portanto, positivou o *caráter dúplice* do dever Estado diante de uma situação de deslocamento forçado de pessoas, uma vez que não basta ao Estado apenas adotar medidas de proteção, mas também disponibilizar as condições necessárias para facilitar um retorno voluntário, digno e seguro a seu lugar de residência habitual ou a seu reassentamento voluntário em outra parte do país, tudo isso com a participação e anuência dos deslocados.

81.2.4. Direito de circulação e residência como condição indispensável para o desenvolvimento da pessoa. A Corte salientou a importância do direito de circulação e residência no desenvolvimento do indivíduo, não apenas em contextos de deslocamento forçado de pessoas, mas como uma regra indispensável para o livre desenvolvimento da pessoa. Assim, para a Corte, o direito de circulação e residência “pode ser violado de maneira formal ou por restrições de fato se o Estado não estabeleceu as condições nem disponibilizou os meios que permitam exercê-lo, por exemplo, quando uma pessoa é vítima de ameaças ou de perseguições e o Estado não disponibiliza as garantias necessárias para que possa transitar e residir livremente no território de que se trate” (§ 304). Além disso, a Corte indicou que a falta de uma investigação efetiva de fatos violentos pode propiciar ou perpetuar um exílio ou deslocamento forçado.

81.2.5. A violação ao direito à verdade como espécie de tratamento desumano e degradante aos familiares de vítima de desaparecimento forçado. Ao analisar a questão do desaparecimento forçado e o direito à verdade dos familiares das vítimas desaparecidas, a Corte entendeu que “a privação da verdade sobre o paradeiro de uma vítima de desaparecimento forçado resulta numa forma de tratamento cruel e desumano para os familiares próximos, razão pela qual esta violação do direito à integridade pessoal pode estar vinculada a uma violação de seu direito a conhecer a verdade” (§ 301). Também no *Caso Diário Militar*, a Corte IDH reiterou a necessidade da instalação de Comissões da Verdade no Estado da Guatemala, como forma de se buscar a efetivação integral do direito à verdade e à memória²²⁰.

²²⁰ Sobre o direito à verdade e à memória, comissões da verdade e justiça de transição em geral, ver comentários ao *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*.

82. Caso Gutiérrez Hernandez e outros vs. Guatemala

Sentença de 24.08.2017	<i>Exceções preliminares, reparações, mérito e custas</i>
Sentença de 22.08.2018	<i>Interpretação de sentença</i>

82.1. Resumo do caso.

No dia 9 de abril de 2000, após não realizar uma viagem de trabalho programada para o dia 7 do mesmo mês, a Sra. Mayra Angelina Gutiérrez Hernández, professora nas Universidades de San Carlos e de Mariano Gálvez, foi dada como desaparecida por seus colegas de trabalho e familiares, sendo comunicado o seu desaparecimento à Polícia Nacional Civil da Guatemala. As investigações do Ministério Público e da própria polícia do Estado da Guatemala foram direcionadas ao ex-namorado da vítima desaparecida, deixando de lado a participação de agentes do Estado. Diante da insuficiência das investigações pelo Estado da Guatemala, o caso chegou até a CIDH.

A controvérsia não foi resolvida no âmbito da CIDH, que resolveu denunciar a Guatemala pela violação da CADH em virtude do desaparecimento forçado da Sra. Mayra Angelina Gutiérrez Hernandez, e ainda pela inobservância do dever de investigar e punir pelo Estado da Guatemala.

Ao analisar o caso, a Corte IDH condenou o Estado da Guatemala por violar os artigos 1º (dever de respeitar os direitos), 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial), todos da CADH, ordenando às autoridades estatais que, em um prazo razoável, seja conduzida uma investigação de forma eficaz, desprovida de estereótipos negativos de gênero e que sejam processados e responsabilizados os responsáveis pelo desaparecimento da professora Mayra Gutiérrez, bem como seja identificado o paradeiro da mesma, além do pagamento de danos imateriais aos familiares.

82.2. Pontos importantes para o caso

82.2.1. Parâmetros mínimos para aferir a convencionalidade de determinada legislação interna sobre combate à violência contra a mulher. Ao julgar o *Caso Gutiérrez Hernandez e outros vs. Guatemala*, a Corte IDH idealizou parâmetros mínimos para aferir a compatibilidade de determinada legislação doméstica sobre combate à violência contra a mulher com os artigos 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará. Para a Corte, determinada lei deve ser capaz de “prevenir, punir ou erradicar a violência contra a mulher quando a referida violência é perpetrada por pessoas com quem a vítima: a) estava casada ou vinculada legalmente; b) viveu em coabitação ou atualmente mora junto; c) conviveu ou teve convívio, sem a necessidade de existir vínculo sentimental; d) possui ou possuiu uma relação de natureza sentimental ou sexual, sem a necessidade de qualquer vínculo legal; e) possui ou vai possuir um filho ou filha; f) é parente ou familiar; g) possuiu relação de intimidade, noivado, amizade ou companheirismo; h) trabalhou como empregada doméstica para aquela pessoa, ou qualquer outra situação de violência contra a mulher praticada por pessoas que pretendam ou pretendiam, de forma reiterada e contínua uma relação amorosa ou de intimidade com a vítima” (§ 153, nota de rodapé nº 193).

Assim, a partir de uma *filtragem convencional* das hipóteses de incidência da Lei Maria da Lenha (Lei 11.340/2006) – quais sejam: a) aplicação da lei no âmbito da unidade doméstica, sendo esta compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; b) aplicação da lei no âmbito da família, sendo esta compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; e c) aplicação da lei em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação²²¹ – com os parâmetros fixados pela Corte IDH no *Caso Gutiérrez Hernández e outros vs. Guatemala*, é possível concluir, mediante uma interpretação permeada por valores do Direito das Mulheres²²², que a Lei Maria da Penha é *suficientemente protetiva*, embora algumas situações elencadas pela Corte IDH não estejam abrangidas pelo atual âmbito de aplicação da Lei 11.340/2006, sendo cabível neste caso, a realização de um controle de convencionalidade construtivo por parte do intérprete do direito²²³.

82.2.2. Caráter pluriofensivo do delito de desaparecimento forçado. Ainda no julgamento do *Caso Gutiérrez Hernández*, a Corte reconheceu o caráter pluriofensivo do crime de desaparecimento forçado, uma vez que a sua prática ocasiona “a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informações sobre o seu destino, e permanece enquanto o paradeiro da pessoa não é conhecido desapareceu ou seus restos são encontrados para que sua identidade seja determinada com certeza” (§ 124).

82.2.3. Impossibilidade da utilização de estereótipos de gênero na investigação de crimes envolvendo vítima mulher. Também restou decidido no *Caso Gutiérrez Hernández* que, em situações envolvendo vítima mulher, para que uma investigação seja séria, imparcial e efetiva, ela deve ser conduzida livre de estereótipos de gênero. Nesse sentido, a Corte ressaltou que “o estereótipo de gênero se refere a um pré-conceito de atributos, comportamentos ou características possuídas ou funções que são ou devem ser executadas homens e mulheres, respectivamente, e que é possível associar a subordinação das mulheres a práticas baseadas em estereótipos de gênero socialmente dominantes e

²²¹ Art. 5º e incisos da Lei 11.340/2006.

²²² Sobre o conceito de interpretação constitucional feminista, é a lição de Larissa Tomazoni e Estefânia Barboza: “A interpretação feminista é um projeto que pretende repensar o direito constitucional e explorar sua relação com o feminismo examinando, desafiando e redefinindo a própria ideia de constitucionalismo a partir de uma perspectiva feminista. Os estereótipos e abordagens discriminatórias deixaram marcas no direito constitucional e nas tradições legais. O feminismo pode desempenhar um papel na neutralização dessas influências e a interpretação feminista pode ser uma ferramenta muito eficaz a serviço da mudança jurisprudencial gradual, além disso, oferece uma nova perspectiva interpretativa do conhecimento humano, incluindo a esfera do direito. Alguns exemplos clássicos da influência de estereótipos e discriminação na interpretação vem de casos em que documentos aparentemente neutros foram interpretados de forma excludente às mulheres por causa de vieses culturais” (BARBOZA, Estefânia; TOMAZONI, Larissa. *Interpretação Constitucional Feminista e a Jurisprudência do STF*. In: FACHIN, Melissa Girardi; DA SILVA, Christine Oliveira Peter e BARBOZA, Estefânia. *Constitucionalismo Feminista*. Bahia: Juspodivm, 2018, p. 241). Também reconhecendo a existência do constitucionalismo feminista: BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2012.

²²³ Sobre o tema controle construtivo de convencionalidade, ver comentários do *Caso Arellano Almonacid vs. Chile*.

persistentes. Neste ou seja, sua criação e uso se torna uma das causas e conseqüências da violência do gênero contra as mulheres, condições que pioram quando são refletidas, implícitas ou explicitamente, em políticas e práticas, particularmente no raciocínio e linguagem de autoridades do estado" (§ 169). A Corte também advertiu que "A influência de padrões socioculturais discriminatórios pode resultar em desqualificação da credibilidade da vítima durante o processo criminal em casos de violência e uma implícita suposição de responsabilidade por ela pelos fatos, seja por seu vestido, sua ocupação, comportamento sexual, relação ou parentesco com o agressor, o que se traduz inação por parte dos promotores, policiais e juízes diante de denúncias de atos violentos. Este aqui influência também pode afetar negativamente a investigação de casos e a avaliação do teste subsequente, que pode ser marcado por noções estereotipadas sobre quais deve ser o comportamento das mulheres em seus relacionamentos interpessoais. Então, de acordo com certas diretrizes internacionais sobre a violência contra as mulheres e a violência sexual, as provas relativas ao contexto sexual da vítima são, em princípio, inadmissíveis, qual a abertura de linhas de pesquisa sobre o comportamento social ou sexual vítimas em casos de violência baseada no gênero nada mais é do que a manifestação de políticas ou atitudes baseadas em estereótipos de gênero" (§170)

Por fim, a Corte concluiu que "(...) os preconceitos pessoais e os estereótipos de gênero afetam objetividade dos funcionários do Estado encarregados de investigar as denúncias feitas contra eles. presente, influenciando sua percepção para determinar se ocorreu ou não um ato de violência, na avaliação da credibilidade das testemunhas e da vítima. Os estereótipos distorcem as percepções e levam a decisões baseadas em crenças preconcebidas e mitos, ao invés de fatos, o que por sua vez pode levar à negação da justiça, incluindo a revitimização dos denunciante. Quando estereótipos são usados em investigações violência contra as mulheres afeta o direito a uma vida livre de violência, especialmente casos em que estes estereótipos dos operadores legais impedem o desenvolvimento de investigações apropriadas, negando, além disso, o direito de acesso à justiça dos mulheres Por sua vez, quando o Estado não desenvolve ações concretas para erradicá-las, reforça e institucionaliza, o que gera e reproduz a violência contra as mulheres" (§ 173).

A Corte IDH propõe, portanto, que, nos casos envolvendo vítimas mulheres, a investigação seja realizada desprovida de compreensões preconceituosas e papéis de gênero por parte das autoridades do Estado. Além disso, a Corte estimula a busca por práticas que visem erradicar investigações estereotipadas. Neste último item, entendemos que iniciativas visando a implementação e o fortalecimento da rede de proteção disponível em favor da mulher vítima de violência, como por exemplo, a implementação de Delegacias da Mulher, Juizados Especiais de Violência Doméstica contra a Mulher, Casas de Acolhida para vítimas de violência ("Casa da Mulher") etc. podem ser exemplos de ações a serem implementadas pelos Estados americanos a partir das considerações da Corte.

82.2.4. Diferença entre desaparecimento e desaparecimento forçado. A Corte IDH deixou claro que "nem todo desaparecimento de pessoa com paradeiro desconhecido é um desaparecimento forçado" (§ 123). No mesmo parágrafo, a Corte advertiu que devem ser aferidos três elementos cumulativos para que determinado desaparecimento seja classificado como forçado, sendo eles: a) a privação de liberdade; b) a intervenção direta de

agentes estatais ou a aquiescência dos mesmos; e c) a negativa por parte do Estado em reconhecer a detenção e em revelar o paradeiro da pessoa desaparecida.

82.2.5. Dever de investigar e punir como uma obrigação de meio²²⁴. O dever de investigar e punir, já reconhecido pela Corte IDH como norma de *jus cogens*²²⁵, foi novamente analisado pela Corte IDH, desta vez no que toca à sua natureza obrigacional. Sobre o tema, a Corte ponderou que “O dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumido pelo Estado como seu próprio dever legal e não como uma simples formalidade condenado antecipadamente por não ter êxito, ou como mera gestão de interesses particulares, depende da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares ou da contribuição privados de elementos probatórios. A investigação deve ser séria, imparcial e eficaz, e ser orientada para a determinação da verdade e para a perseguição, captura, acusação e eventual punição dos perpetradores. Da mesma forma, a devida diligência exige que o corpo que investigar realizar todas as ações e investigações necessárias para obter o resultado que é perseguido. Caso contrário, a investigação não é efetiva nos termos do Convenção” (§ 148).

83. Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala

Sentença de 09.03.2019

Mérito, reparações e custas

83.1. Resumo do caso

No dia 09 de janeiro de 1997, após uma denúncia anônima de que os irmãos Osmín Tobar Ramírez e J.R., com sete e um ano de idade respectivamente, teriam sido abandonados por sua mãe, Flor de Maria Ramírez Escobar, eles foram separados de sua família biológica e acolhidos em uma instituição de acolhimento guatemalteca. Posteriormente, as autoridades nacionais decretaram a perda do poder familiar dos pais dos irmãos Ramírez e ambos os meninos foram submetidos ao processo de adoção internacional, o que ocasionou a separação de ambos, uma vez que foram adotados por famílias norte-americanas diferentes. No ano de 2009, após doze anos da retirada dos irmãos Ramírez do seio de sua família biológica, o pai biológico das crianças, Gustavo Tobar Fajado, encontrou seu filho Osmín Tobar Ramírez através das redes sociais, e em 2011, Osmín se reencontrou com sua família biológica.

O caso chegou até a CIDH, sob o argumento de que ocorreram diversas irregularidades nos procedimentos que culminaram na adoção internacional de cada um dos irmãos Ramírez. A CIDH reconheceu que tanto a decisão de acolhimento institucional quanto a declaração judicial da perda do poder familiar dos pais biológicos em razão do suposto abandono dos irmãos Ramírez não cumpriram com as obrigações substantivas e processuais mínimas nos termos da CADH.

²²⁴ As obrigações de meio podem ser definidas como aquelas em que a parte não está obrigada a atingir resultado específico e determinado, ao passo que nas obrigações de resultado há um compromisso da parte para que seja alcançado um resultado específico.

²²⁵ Sobre o tema, ver comentários do *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*.

Não havendo a solução da controvérsia perante a CIDH, o caso foi submetido à Corte IDH em fevereiro de 2016.

No dia 09 de março de 2018, a Corte IDH enquadrou o *Caso Ramírez Escobar* em um contexto de graves irregularidades nos processos de adoção de meninas e meninos guatemaltecos, favorecido por uma debilidade institucional dos órgãos de controle e por uma regulamentação flexível e inadequada que facilitou a formação de redes e estruturas de crime organizado dedicado a adoções internacionais, e declarou o Estado da Guatemala responsável pela separação arbitrária da família Ramírez, devido às irregularidades cometidas no processo de declaração de abandono e nos procedimentos subsequentes de adoção internacional dos irmãos Ramírez, reconhecendo a violação por parte da Guatemala da proibição de interferência arbitrária na vida familiar, o direito à proteção da família, garantias judiciais, o direito à proteção judicial e a proibição de discriminação, em detrimento de Flor de María Ramírez Escobar, Gustavo Tobar Fajardo e Osmín Tobar Ramírez.

A Corte também declarou o Estado guatemalteco responsável pela violação do direito à integridade pessoal das vítimas, pela ausência de uma investigação das irregularidades cometidas no processo de separação familiar e pela violação dos direitos à liberdade e identidade pessoais. Assim, a Corte declarou expressamente a violação dos artigos 25.1 (proteção judicial), 8.1 (garantia do prazo razoável), 11.2 (obrigação de respeito e garantia aos direitos da vida familiar), 17.1 (proteção da família), 8 (acesso à justiça), 18. (direito a identidade e ao nome) e 5 (integridade pessoal), todos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

83.2. Pontos importantes

83.2.1. Primeiro caso envolvendo o tema da adoção internacional na jurisdição contenciosa da Corte IDH. O *Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala* é paradigmático na jurisprudência interamericana, pois foi a primeira vez que a Corte IDH analisou um caso envolvendo o tema da adoção internacional. Em breve síntese, a adoção internacional pode ser compreendida como modalidade de família substituta na qual os postulantes à adoção residem em país diverso do adotando. Assim como no Estado brasileiro²²⁶, o tribunal interamericano reconheceu o caráter subsidiário da adoção internacional (§§ 231).

83.2.2. Fixação de parâmetros convencionais de observância obrigatória no processo de adoção internacional. A Corte fixou entendimento no sentido de que para que determinado procedimento de adoção internacional seja compatível com a CADH, devem ser observados os seguintes requisitos: “a) que as crianças e adolescentes estejam legalmente habilitadas para adoção (adotabilidade); b) que seja levado em consideração o princípio do superior interesse da criança e do adolescente; c) que o direito das crianças e adolescentes de serem ouvidas seja garantido; d) que o procedimento de adoção internacional somente seja iniciado após esgotadas as tentativas de adoção no país de origem dos infantes (princípio da subsidiariedade da adoção internacional); e e) que não exista nenhum interesse ou benefício econômico indevido por nenhum dos envolvidos no procedimento de

²²⁶ Art. 51, § 1º, II, do ECA.

adoção internacional (princípio da proibição de benefícios econômicos indevidos)” (§ 208).

83.2.3 As crianças e adolescentes possuem o direito de serem ouvidas em casos que envolvam seus direitos e interesses. Ao se deparar com a negligência do Estado da Guatemala em não ouvir as crianças que estavam submetidas à processo que buscava apurar o eventual abandono delas pela sua família natural, a Corte IDH advertiu que “(...) a obrigação de ouvir as crianças e seus pais incluídos na lei coincide com o direito de ser ouvido consagrado pela Convenção Americana. A este respeito, a Corte indicou que o artigo 8.1 da Convenção estabelece o direito de todas as pessoas, incluindo meninas e meninos, serem ouvidas nos processos que envolvam seus direitos e interesses” (§ 170). Cumpre observar que o entendimento da Corte possui uma maior abrangência se comparado com o art. 28, §§ 1º e 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que o referido diploma condiciona a oitiva dos menores de dezoito anos “sempre que possível”, perante a equipe interprofissional de psicólogos e assistentes sociais, bem como prevê apenas aos adolescentes a oitiva obrigatória em juízo.

83.2.4. Adoção internacional e princípio da proibição de benefícios econômicos indevidos. A Corte IDH também construiu a existência do princípio da proibição de benefícios econômicos indevidos no âmbito do procedimento de adoção internacional (§ 234). Com isso, a Corte buscou coibir ilegalidades, bem como a “compra” de crianças por meio do procedimento de adoção internacional. Sobre este ponto, interessante realizar uma conexão com o artigo 52-A do ECA, que veda expressamente, “sob pena de responsabilidade e descredenciamento, o repasse de recursos provenientes de organismos estrangeiros encarregados de intermediar pedidos de adoção internacional a organismos nacionais ou a pessoas físicas”.

83.2.5. Princípio da não-discriminação e questão econômica. Também neste precedente foi fixado entendimento pela Corte IDH no sentido de que o artigo 1.1 da CADH veda a discriminação de toda e qualquer pessoa por questões econômicas e sociais (§ 278). Nesse sentido, a Corte consignou que “a falta de recursos materiais não pode ser a único base para uma decisão judicial ou administrativa que envolva a separação da criança do seio da sua família e a consequente privação de outros direitos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos”. O entendimento da Corte se coaduna com o teor do artigo 23 do ECA, que dispõe expressamente que “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar”.

83.2.6. Impossibilidade de utilização de estereótipos de gênero para aferir o exercício da paternidade e maternidade por parte dos pais. Este talvez seja o ponto mais interessante da decisão da Corte IDH no *Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala*. Primeiramente, a Corte destacou que “os estereótipos de gênero referem-se a um pré-conceito de atributos, comportamentos ou características possuídas ou funções que são ou devem ser executadas por homens e mulheres respectivamente, cuja criação e uso é particularmente grave quando refletir, implícita ou explicitamente, em políticas e práticas, particularmente no raciocínio e a linguagem das autoridades estaduais” (§ 294) A Corte também destacou que a utilização dos estereótipos de gênero é incompatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e que os Estados devem empreender esforços para erradicá-los,

uma vez que em determinadas situações são utilizados como pretexto para justificar a violência contra a mulher ou até mesmo a violação de garantias judiciais (§ 295).

Ao analisar o mérito do caso, a Corte constatou que “em diferentes relatórios, bem como em suas próprias decisões judiciais, evidencia-se o uso de estereótipos em termos de papéis de gênero atribuído à mãe e pai dos filhos. Nesse sentido, por um lado, diferentes relatórios estudaram se a Sra. Ramírez Escobar poderia ou não assumir seu ‘papel materno’ ou ‘papel de mãe’, sem que seja claro quais as características que eles atribuem a esse papel” (§ 296).

Em relação ao pai das crianças, a Corte IDH observou que “durante todo o processo de declaração de abandono, no que toca ao Sr. Gustavo Tobar Fajardo, pai de Osmín e a pessoa que consta como pai de J.R. na sua certidão de nascimento, todo o inquérito feito pelo tribunal e os relatórios e pareceres do Gabinete do Procurador-Geral da Nação, a ele se referira a partir de um suposto abandono da mãe, refletindo uma ideia preconcebida da distribuição de papéis entre os pais, pelo qual apenas a mãe era responsável pelo cuidado de seus filhos. Este tipo de estereótipos sobre o papel de mãe implica usar uma concepção tradicional do papel estatuto social das mulheres como mães, segundo as quais se espera socialmente que elas sejam responsáveis de forma primária pela educação de suas filhas e filhos” (§ 297).

Nesse sentido, a Corte reconheceu a violação ao princípio da não discriminação na sua vertente de proibição por discriminação de gênero, uma vez que as ações e decisões das autoridades guatemaltecas que intervieram no processo de destituição do poder familiar dos irmãos Ramírez se basearam em estereótipos de gênero.

Andou bem a Corte Interamericana ao rejeitar a utilização de estereótipos de gênero para determinar o que é “papel do pai” e o que deve ser compreendido como “papel da mãe” no seio da educação dos filhos, afinal, atualmente, é impróprio e descabido falar em “conceito tradicional” de família, ou de “maternidade e paternidade à moda antiga”, tendo em vista que a própria compreensão de família, bem como o próprio conteúdo que compõe o exercício da maternidade e paternidade são questões dúcteis e dinâmicas que estão em constante mutação com o passar do tempo.

83.2.7. A corrupção como uma forma de violação de direitos humanos. Muito se questiona se os temas do combate à corrupção e a defesa dos direitos humanos são interesses harmônicos ou colidentes. Ao analisar a referida problemática no seio da temática da adoção internacional, a Corte IDH destacou “as consequências negativas da corrupção e os obstáculos que ela representa para o gozo e desfrute efetivo dos direitos humanos, assim como o fato de que a corrupção de autoridades estatais ou provedores privados de serviços públicos afeta grupos vulneráveis de uma maneira particular” (§241). A Corte deixou claro, portanto, que o combate à corrupção e a defesa de direitos humanos são temas harmônicos e convergentes. Ainda sobre o tema, a Corte reconheceu que “a corrupção não afeta apenas os direitos individuais, mas também tem um impacto negativo na sociedade como um todo, no sentido de que enfraquece a confiança da população no governo e, com o tempo, na ordem democrática e no Estado de Direito” (§ 241).

A Corte IDH também emitiu um mandado convencional no sentido de que os Estados “devem adotar medidas para prevenir, sancionar e erradicar a corrupção de forma eficaz e eficiente” (§ 242).

Na mesma linha da Corte IDH, a CIDH também reconhece os efeitos danosos das práticas corruptivas aos direitos humanos. Justamente por tal motivo, a CIDH editou, no início do ano de 2018, a Resolução nº 1/2018, reconhecendo expressamente que “a corrupção é um fenômeno complexo que afeta os direitos humanos em sua integralidade - civil, política, econômica, social, cultural e ambiental - bem como o desenvolvimento do Estado; enfraquece a governança e as instituições democráticas, promove a impunidade, mina o estado de direito e exacerba a desigualdade”²²⁷. E a CIDH ainda reconheceu que “A corrupção tem um impacto sério e diferenciado no gozo e no exercício de direitos humanos por parte de grupos historicamente discriminados, como as pessoas em situação de pobreza, mulheres, povos indígenas, afrodescendentes, migrantes pessoas privadas de sua liberdade e afeta especialmente aqueles que são objeto de tráfico e tráfico de pessoas como migrantes, meninas, meninos e mulheres”²²⁸.

Também analisando a conexão entre violação de direitos humanos e práticas corruptivas à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Vladimir Aras reconhece a relação entre as temáticas:

“Há cada vez mais consenso num ponto. A corrupção mina a capacidade dos Estados de enfrentar a pobreza e a marginalização, torna mais difícil a promoção da saúde, do saneamento básico e da educação, compromete os meios materiais disponíveis para a expansão de projetos de infraestrutura e o desenvolvimento socioeconômico e dificulta a persecução de crimes graves, que vitimam milhões de pessoas em todo o mundo, notadamente as diversas formas de tráfico e os delitos ambientais, que desabrigam milhares e privam outros tantos de seus meios de vida sustentáveis. Nesta linha, a corrupção endêmica, num contexto local ou regional, reduz a riqueza nacional, aumenta as desigualdades e impede o avanço das nações nos índices de desenvolvimento humano. Por isso mesmo, não é de se estranhar que as relações entre corrupção e direitos humanos tenham entrado nos debates forenses em tribunais internacionais, pois práticas corruptas endêmicas ou sistemáticas num dado país costumam violar sobretudo os direitos de populações vulneráveis no acesso aos bens da civilização e no gozo dos direitos assegurados nas constituições e em diversos tratados, dos quais merecem menção o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; a Convenção dos Direitos da Criança, de 1989; a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006, entre outros”²²⁹.

Deste modo, acerca da relação de simbiose entre o combate à corrupção e a defesa de

²²⁷ Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Resolução nº 01/2018. Corrupção e Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>

²²⁸ Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Resolução nº 01/2018. Corrupção e Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>

²²⁹ ARAS, Vladimir. *Corrupção e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2018/11/22/corruptao-e-direitos-humanos-no-sistema-interamericano/> Acesso em: 27 de outubro de 2019.

direitos humanos, partilhamos do entendimento da CIDH e da própria Corte Interamericana, no sentido de que o combate à corrupção e a defesa de direitos humanos não são interesses antagônicos, mas harmônicos, e devem ser buscados de forma concomitante pelos Estados e seus cidadãos²³⁰.

83.2.8. Conceito elástico de tráfico de pessoas para fins de adoção. A Corte desenvolveu sua jurisprudência em matéria de tráfico de pessoas, especificamente analisando o contexto da referida prática delituosa à luz dos procedimentos de adoção internacional. Nesse sentido, a Corte IDH interpretou que a expressão “tráfico de escravo e de mulheres”, prevista no artigo 6.1 da CADH, deve ser entendida como: a) a captação, transporte, traslado, acolhida ou recepção de pessoas; b) ameaça do uso da força ou ao uso da força, ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de poder ou de uma situação de vulnerabilidade ou à concessão ou recebimento de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra. Para os menores de 18 anos, esses requisitos não são condição necessária para a caracterização de tráfico; c) qualquer fim de exploração (§ 310).

A Corte também salientou que a adoção ilegal pode constituir uma das finalidades de exploração do tráfico de pessoas, nos casos em que os atos de captação, transporte, traslado, acolhida ou recepção de pessoas são cometidos com a finalidade de facilitar ou levar a cabo uma adoção ilegal, tendo em vista que, nesse caso, o traficante desenvolve essas condutas com o propósito de explorar a própria filha ou filho, por meio de sua coisificação para uma adoção ilegal (§ 312).

Por fim, a Corte observou que, para que reste configurado o delito de tráfico de pessoas, no bojo de um procedimento de adoção internacional, não é necessário que a adoção ilegal sirva de meio para uma exploração posterior da criança adotada, como o trabalho forçado ou exploração sexual, pois a exploração decorre da própria comercialização do menino ou da menina, em condições abusivas ou meios fraudulentos e injustos, seja antes, durante ou depois do procedimento de adoção (§ 315).

83.3. Conexões com o Direito brasileiro

83.3.1. Aparente convencionalidade da normativa interna brasileira sobre adoção internacional. Conforme já comentado de maneira pormenorizada no âmbito dos pontos importantes sobre o caso, a normativa interna sobre adoção internacional prevista no ECA está de acordo com os parâmetros protetivos fixados pela Corte IDH. Sobre o tema, importante consignar que além das normas previstas no ECA, o Brasil assinou e internalizou a Convenção de Haia sobre Adoção Internacional.

83.3.2 Direito do povo a governos honestos e regime global de proibição da corrupção. Ao externar a preocupação com as práticas corruptivas praticadas pelos Chefes de Estado e demais governantes no *Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala*, é possível fazer um

²³⁰ Sobre o tema, ver NETO, Olympio de Sá Sotto Maior; MOURA, Rafael Osvaldo Machado e; FRANCESCHI, Ana Carolina Pinto. *Combate à Corrupção e Defesa dos Direitos Humanos: Interesses Harmônicos ou Colidentes?* Curitiba, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná nº 10, 2019, pp. 325-349,

link entre o pensamento da Corte IDH e o chamado “direito do povo a governos honestos”. O referido pensamento provoca discussões acadêmicas no Brasil e pode ser compreendido como “o direito de todas as pessoas que participam da comunidade política a ter suas instituições públicas administradas sob os atributos da honestidade, da boa-fé, da lisura, da impessoalidade, da moralidade e da legalidade”²³¹.

O direito do povo ao governo honesto já foi reconhecido expressamente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²³² e pode ser extraído da conjugação de uma série de dispositivos da Constituição Federal de 1988, como por exemplo, o princípio republicano (art. 1º), princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*) possuindo, portanto, natureza constitucional implícita.

Ainda sobre o tema, é importante ressaltar que toda a problemática posta em análise pela Corte IDH se coaduna com o chamado “regime global de proibição da corrupção”, materializado pela Convenção Interamericana contra a Corrupção, Convenção da OCDE sobre corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e Convenção da ONU sobre o Combate à Corrupção, popularmente conhecida como “Convenção de Mérida”. Todos estes tratados já foram ratificados e internalizados no Estado brasileiro.

84. Caso das Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México²³³

Sentença de 28.11.2018

Exceções preliminares, reparações e custas

84.1. Resumo do caso

O caso das Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco versa sobre a violação de direitos humanos de 11 (onze) mulheres durante o período em que estavam sendo trasladadas e posteriormente detidas no Centro de Readaptação Social “Santiaguito” (CEPRESO), localizado na cidade de Atenco no México. As senhoras Mariana Selvas Gómez, Georgina Edith Rosales Gutiérrez, María Patricia Romero Hernández, Norma Aidé Jiménez Osorio, Claudia Hernández Martínez, Bárbara Italia Méndez Moreno, Ana María Velasco Rodríguez, Yolanda Muñoz Diosdada, Cristina Sánchez Hernández, Angélica Patricia Torres Linares e Suhelen Gabriela Cuevas Jaramillo foram vítimas de violência física, moral, psicológica e sexual perpetradas por agentes estatais mexicanos.

A controvérsia chegou na CIDH no dia 29 de abril de 2009, onde não foi resolvida de forma definitiva. No dia 17 de setembro de 2016, a Comissão denunciou o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²³¹ PLATES, José Rubens. *Direito fundamental ao governo honesto*. Escola Superior do Ministério Público da União. Boletim Científico n. 36 - Edição Especial - 2011, pp. 86-87, Acesso em 28.outubro 2019.

²³² STF, MS 27141 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 27.02.2008.

²³³ Este caso teve tramitação na CIDH e, durante o procedimento do caso contencioso, na Corte IDH, com o título “Selvas Gómez e outras vs. México”. Por decisão da Corte, a presente sentença é emitida com o nome *Caso das Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México*.

Em 28 de novembro de 2018, a Corte IDH reconheceu a múltipla violação de direitos humanos por parte do Estado mexicano e condenou o país por violar diversos dispositivos da CADH: integridade pessoal (art. 5.1), vida privada (art. 5.2), direito de não ser torturado (art. 11), direito de reunião (art. 15), liberdade pessoal (art. 7), direito de defesa (art. 8.2) e garantia e proteção judicial (arts. 8.1 e 25.1). O México também foi responsabilizado por violar os artigos 1º, 6º e 80 da Convenção Interamericana contra a Tortura e artigo 7º da Convenção de Belém do Pará.

84.2. Pontos importantes

84.2.1. Responsabilidade do Estado por atos cometidos por um agente estatal contra presas mulheres. Ao analisar o presente caso, a Corte IDH concluiu que o México foi responsável pela violência sexual, estupro e tortura sofridos por 11 (onze) mulheres durante sua detenção e posterior traslado ao Centro de Readaptação Social “Santiaguito” (“CEPRESO”), entre os dias 3 e 4 de maio de 2006. Para a Corte, os agentes de polícia do Estado do México utilizaram os corpos das onze mulheres detidas como ferramenta para transmitir sua mensagem de repressão e desaprovação dos meios de protesto utilizados pelos manifestantes e para alcançar o propósito de dispersar o protesto e assegurar-se de que não se voltasse a questionar a autoridade do Estado (§ 204).

Ainda sobre este ponto, a Corte consignou que a prática da violência sexual como forma de controle da ordem pública por parte dos órgãos de segurança viola a CADH e a Convenção de Belém do Pará (§ 204)

84.2.2. Obrigações do Estado em casos de detenções coletivas. No *Caso das Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco*, a Corte IDH analisou a convencionalidade das detenções coletivas, aduzindo que a custódia de um maior número de pessoas pode ser realizada como forma de garantir a segurança da população desde que os Estados observem os seguintes requisitos: “a) individualizar e separar as condutas de cada uma das pessoas detidas, de forma a demonstrar que existem indícios razoáveis, baseados em informação objetiva, de que cada pessoa detida se enquadra em alguma das causas de detenção previstas em suas normas internas, em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos; b) demonstrar que a detenção é necessária e proporcional, para garantir algum propósito permitido pela Convenção, tal como o interesse geral; e que deve c) estar sujeita a controle judicial, além das demais condições do artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos” (§ 241).

84.2.3. Conteúdo e alcance normativo do artigo 15 da Convenção Americana de Direitos Humanos que prevê expressamente o direito de reunião. Ainda no caso em análise, a Corte desenvolveu sua jurisprudência especificamente acerca do conteúdo e alcance normativo do artigo do direito de reunião, previsto expressamente no artigo 15 da CADH. Para a Corte, o art. 15 da Convenção Americana reconhece “o direito de reunião pacífica e sem armas” e abrange tanto reuniões privadas como reuniões na via pública, sejam estáticas ou com deslocamentos (§ 171). A Corte também fez referência à existência de uma dimensão social do direito de reunião, e reconheceu que a violação dos direitos dos participantes em reunião ou assembleia, por parte das autoridades, mediante a repressão das manifestações com uso desproporcional da força, gera um efeito resfriador (*chilling*

effect) sobre futuras reuniões ou assembleias, além de ser contrário à obrigação estatal de criar ambientes propícios para que as pessoas possam desfrutar efetivamente de seu direito de reunião (§ 172). Por fim, a Corte consignou que é dever do Estado empreender esforços para distinguir pessoas violentas ou potencialmente violentas de manifestantes pacíficos (§ 175).

85. Caso Viviana Gallardo e outras vs. Costa Rica²³⁴

Sentença de 15.07.1981

ICJ/CJ

85.1. Resumo do caso

Em 6 de julho de 1981, o governo da Costa Rica submeteu à Corte IDH o caso da morte na prisão da cidadã costarricense Viviana Gallardo, assim como das lesões de suas companheiras de cela, causadas por um membro da Guarda Civil da Costa Rica encarregado pela vigilância do estabelecimento prisional. Em seu comunicado enviado à Corte, a Costa Rica, invocando o art. 62.3 da CADH (“A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial”), solicitou que a Corte decidisse se os fatos denunciados constituíam uma violação dos direitos humanos previstos nos artigos 4º e 5º da CADH (vida e integridade pessoal) ou de qualquer outro direito protegido pela Convenção.

A Costa Rica declarou que renunciava formalmente o requisito do prévio esgotamento dos recursos da jurisdição interna, bem como do procedimento perante a CIDH previsto nos artigos 48 a 50 da CADH.

A Corte IDH observou que este caso apresentava, do ponto de vista jurídico, características verdadeiramente particulares:

“(…) Estas particularidades decorrem do fato de que o governo [da Costa Rica], consistente com o conhecido compromisso de seu país de respeitar os direitos humanos e o apoio tradicional que ele deu à causa, assim como à cooperação internacional, com o objetivo de evitar uma demora processual remeteu este caso diretamente à Corte, antes de ser examinado pela Comissão e de que fossem utilizados e esgotados os recursos que pudessem existir perante os tribunais costarriquenses.

“(…) Resulta, portanto, que este caso se origina na ação de um Estado Parte que submete à conhecimento da Corte um caso de possível violação de direitos humanos consagrados na Convenção, que seria imputável a ele mesmo, o qual reconheceu de pleno direito e sem convenção especial a

²³⁴ Diante das suas características peculiares – a seguir estudadas –, este caso não se encontra na página da Corte IDH sobre casos contenciosos, mas sim na correspondente às opiniões consultivas.

competência da Corte para conhecer de casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção. A particularidade do caso impõe buscar a melhor maneira de conciliar, dentro das regras do Direito Internacional aplicáveis ao caso, os interesses envolvidos neste assunto, que são: em primeiro lugar, o interesse das vítimas de que se lhes proteja e assegure o pleno gozo dos direitos que têm segundo a Convenção; em segundo lugar, a necessidade de proteger a integridade institucional do sistema que a mesma Convenção estabelece; e, por último, a preocupação que traduz a petição do governo para uma tramitação judicial célere” (§§ 12 e 13)

A Corte IDH ressaltou a clareza do art. 61.2 da CADH, segundo o qual “Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os procedimentos previstos nos artigos 48 a 50”. E assim, por considerar que a renúncia pelo Estado da regra contida no art. 61.2 carece da força necessária para eliminar o procedimento perante a CIDH, a Corte IDH resolveu não admitir o processamento do caso. No que diz respeito à renúncia da regra do prévio esgotamento dos recursos internos, por se tratar de um caso que não pode ser conhecido diretamente pela Corte, esta preferiu não se pronunciar sobre o alcance e o valor da renúncia apresentada pela Costa Rica.

85.2. Pontos importantes

85.2.1. Impossibilidade de renunciar o procedimento perante a CIDH. O procedimento de tramitação de casos contenciosos no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é considerado bifásico, pois contempla uma fase perante a CIDH e outra fase diante da Corte IDH. A CADH estabelece a fase perante a CIDH como um procedimento indispensável para que o caso possa ser submetido à jurisdição da Corte IDH (artigos 48 a 50). Com isso, o *Caso Viviana Gallardo e outras vs. Costa Rica* ofereceu à Corte uma oportunidade para se manifestar sobre um assunto processual interessante: o Estado pode renunciar o procedimento perante a CIDH e – ele próprio – submeter um caso à jurisdição contenciosa da Corte IDH?

A Corte IDH concluiu que o procedimento perante a CIDH não foi concebido no interesse exclusivo do Estado, de modo que este não pode renunciá-lo. Vejamos o entendimento da Corte:

“(…) a Corte carece de poder para cumprir uma importante função que a Convenção confia à Comissão, em virtude de que esta não é um órgão judicial, como é a de gerir soluções amistosas, dentro de uma ampla missão conciliadora. Este tipo de solução tem a vantagem para o denunciante individual que requer seu consentimento para materializar-se. Todo enfoque que conduza a negar aos indivíduos, em especial às vítimas, o procedimento perante a Comissão, lhes privaria do importante direito de negociar e aceitar livremente uma solução amistosa, com a ajuda da Comissão (...).

Estas considerações bastam para ilustrar como o procedimento perante a Comissão não foi concebido no interesse exclusivo do Estado, senão que permite o exercício de importantes direitos individuais, muito especialmente às vítimas. Sem colocar em dúvida a boa intenção do Governo

ao submeter este assunto à Corte, o exposto leva a concluir que a omissão do procedimento perante a Comissão, (...), não pode ser efetivada sem menosprezar a integridade institucional do sistema de proteção consagrado na Convenção. Este procedimento não é, portanto, renunciável ou escusável, a menos que fique estabelecido que a sua omissão, num caso concreto, não compromete as funções que a Convenção atribui à Comissão, como poderia ocorrer em alguns casos nos quais o assunto fosse abordado inicialmente entre Estados e não entre indivíduo e Estado. No presente caso está longe de ser demonstrada essa situação excepcional, motivo pelo qual a manifestação do Governo de renunciar a aplicação da regra contida no artigo 61.2 carece de força necessária para evitar o procedimento perante a Comissão, o que basta, por si só, para não admitir a presente demanda" (§§ 24 e 25).

Embora a Corte IDH tenha apontado que, excepcionalmente, a depender das circunstâncias do caso concreto, poderia admitir a submissão de um caso diretamente à sua jurisdição se a demanda for entre Estados – e não entre indivíduo e Estado –, consideramos importante advertir que, nos termos do art. 45 da CADH, as petições interestatais também devem passar pelo procedimento perante a Comissão.

85.2.2. Renúncia pelo Estado à regra do prévio esgotamento dos recursos internos. Foi na apreciação do *Caso Viviana Gallardo* em que a Corte IDH analisou pela primeira vez a questão da renúncia pelo Estado à regra do prévio esgotamento dos recursos internos. Previsto no art. 46.1.a da CADH, o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos decorre do princípio da subsidiariedade da proteção internacional dos direitos humanos, impondo que primeiro se garanta ao Estado a possibilidade de – em prazo razoável – impedir, cessar ou reparar uma violação de direitos humanos. Para a Corte IDH, segundo os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos e também a prática internacional, "(...) a regra que exige o prévio esgotamento dos recursos internos está concebida no interesse do Estado, pois busca dispensá-lo de responder perante um órgão internacional por atos que lhe são imputados, antes de ter tido a ocasião de remediá-los com seus próprios meios", tratando-se, portanto, de acordo com a Corte, "(...) de um meio de defesa e, como tal, renunciável, inclusive de forma tácita" (§ 26)²³⁵. No entanto, mesmo considerando ser possível ao Estado renunciar à regra do prévio esgotamento dos recursos internos, devido ao fato de a demanda não ter sido apresentada primeiramente à CIDH, a Corte IDH preferiu não se pronunciar sobre o alcance e o valor da renúncia do governo da Costa Rica (§ 27).

85.2.3. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos como um "Ministério Público" do sistema interamericano. A Corte IDH se referiu à CIDH durante a apreciação do *Caso Viviana Gallardo* como uma espécie de "Ministério Público" do sistema interamericano, o que nos parece realmente uma forma didática de explicar o papel da Comissão no sistema interamericano:

"A Convenção, com efeito, além de outorgar à Comissão a legitimidade

²³⁵ Sobre a renúncia do prévio esgotamento dos recursos internos, ver: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional...*, p. 253-257.

ativa para apresentar casos perante a Corte, assim como para submeter-lhe consultas e de atribuir-lhe no processo uma clara função auxiliar da justiça, como Ministério Público do Sistema Interamericano, chamado a comparecer em todos os casos perante o tribunal (artigo 57 da Convenção), lhe confere outras atribuições vinculadas com as funções que correspondem à esta Corte, e que por sua natureza são cumpridas antes que ela comece a conhecer de um assunto determinado. (...)” (§ 22).

CAPÍTULO 2

**Decisões da Corte Interamericana de Direitos
Humanos em casos contenciosos contra o Brasil**

CAPÍTULO 2

DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM CASOS CONTENCIOSOS CONTRA O BRASIL

Nota explicativa sobre o Brasil e a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Brasil aderiu à CADH e a internalizou em 1992 por meio do Decreto nº 678, vindo a aceitar a competência contenciosa da Corte IDH anos depois, em dezembro 1998. No ano de 2002, por meio do Decreto nº 4.463, foi promulgada a declaração de reconhecimento da competência da Corte IDH nos seguintes termos: “É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com o art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998” (art. 1º).

Até o momento do fechamento desta edição (novembro de 2019), o Brasil já recebeu 9 sentenças de mérito da Corte IDH, tendo sido condenado em 8 e absolvido em 1 delas (*Caso Nogueira de Carvalho e outro*). Há, ainda, dois casos contra o Brasil pendentes de julgamento pela Corte IDH, sendo eles o *Caso Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e outros vs. Brasil*, que tem como assunto a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação, dentre outros, dos direitos ao trabalho e à não discriminação²³⁶, e o *Caso Marcia Barbosa e familiares vs. Brasil*, que tem como assunto a impunidade de violência contra a mulher²³⁷.

²³⁶ De acordo com o resumo encontrado no site da Corte: “O caso se relaciona com a suposta responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela alegada violação do direito à vida de 64 pessoas e à integridade pessoal de 6 indivíduos, como consequência da explosão de uma fábrica de fogos em 11 de dezembro de 1998, das quais 22 eram crianças. Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (...), o Estado sabia que na fábrica se realizavam atividades industriais perigosas e, por isso, devia inspecionar e fiscalizar e que, portanto, devia conhecer que na fábrica existia supostamente uma das piores formas de trabalho infantil e que supostamente se estavam cometendo graves irregularidades que implicavam um alto risco e iminente perigo para a vida, integridade pessoal e saúde de todos os trabalhadores. Igualmente, o caso se relaciona com a alegada violação dos direitos ao trabalho e ao princípio de igualdade e não discriminação, levando em conta que supostamente a fabricação de fogos de artifício era para o momento dos fatos a principal e inclusive aparentemente a única opção laboral para os habitantes do município, quem se presume que dada sua situação de pobreza, não tinham outra alternativa senão aceitar um trabalho de alto risco, com baixo salário e sem medidas de segurança adequadas. De igual maneira, se relaciona com a alegada violação dos direitos às garantias judiciais e proteção judicial, levando em conta que através dos processo cíveis, penais e trabalhistas o Estado aparentemente não havia garantido o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação e punição dos responsáveis, nem a reparação das consequências”. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/empleados_de_la_fabrica_de_fuegos.pdf. Acesso em 10.10.2019.

²³⁷ Segundo noticiado no site da CIDH, o caso foi remetido à Corte em 11.07.2019. De acordo com a síntese fática encontrada no Relatório de Admissibilidade da CIDH: “A petição denuncia o Estado como responsável por violações dos direitos de Márcia Barbosa de Souza, cujo corpo foi encontrado sem vida

1. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil

Sentença de 30.11.2005	<i>Exceção preliminar</i>
Sentença de 04.07.2006	<i>Mérito, reparações e custas</i>

1.1. Resumo do caso

Os fatos do presente caso se referem a Damião Ximenes Lopes, que, durante a sua juventude, desenvolveu uma deficiência mental proveniente de alterações no funcionamento do seu cérebro. Na época dos fatos, Ximenes Lopes tinha 30 anos de idade e vivia com sua mãe numa pequena cidade, situada a aproximadamente uma hora da cidade de Sobral, sede da Casa de Repouso Guararapes. Ximenes Lopes foi admitido na Casa de Repouso Guararapes, como paciente do Sistema Único de Saúde (SUS), em perfeito estado físico, em outubro de 1999. No momento do seu ingresso não apresentava sinais de agressividade nem lesões corporais externas. Após dois dias, Ximenes Lopes teve uma crise de agressividade, tendo que ser retirado do banho à força por um auxiliar da enfermaria e por outros pacientes. Na noite do mesmo dia, Ximenes Lopes teve outro episódio de agressividade e voltou a ser submetido a contenção física. No dia seguinte, a mãe de Ximenes Lopes foi visitá-lo na Casa de Repouso Guararapes e o encontrou sangrando, com hematomas, sujo e fedendo excremento, com as mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, num estado agonizante, gritando e pedindo auxílio à polícia. Ximenes Lopes faleceu no mesmo dia, aproximadamente duas horas depois de ter sido medicado pelo diretor clínico do hospital, e sem qualquer assistência médica no momento da sua morte. Seus familiares interpuseram uma série de recursos judiciais, porém, o Estado não realizou maiores investigações nem puniu os responsáveis.

Após o processamento do caso, a Corte IDH concluiu que o Estado violou: a) os direitos à vida e à integridade pessoal de Ximenes Lopes (CADH, arts. 4.1, 5.1 e 5.2); b) o direito à integridade pessoal de seus familiares, vitimados por diversos problemas de saúde decorrentes do estado de tristeza e angústia ocasionado no contexto dos fatos narrados; e c) os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos arts. 8.1 e 25.1 da CADH, em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus-tratos e óbito da vítima. Finalmente, a Corte IDH determinou que o Estado brasileiro indenizasse os familiares de Ximenes Lopes pelos danos materiais e imateriais

num terreno baldio nas imediações da cidade de João Pessoa, capital da Paraíba, em 18 de junho de 1998. A polícia local iniciou uma investigação policial, concluída em 27 de agosto de 1998. Atribui-se a responsabilidade do crime a um deputado estadual, suposto amante da suposta vítima. Por esse motivo, a Procuradoria-Geral da Justiça se havia visto no início impedida de iniciar a ação contra o aludido deputado, em virtude de seu foro parlamentar, ao não haver concedido a Assembleia Legislativa autorização para esse procedimento. Em 20 de dezembro de 2001, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 35/2001, determinou-se que a ação penal contra parlamentares seria admitida independentemente da autorização da Assembleia Legislativa. Não obstante isso, as autoridades competentes da Paraíba não reiniciaram a ação penal até março de 2003. Transcorridos mais de 4 (quatro) aos do envio das últimas informações, a causa ainda não foi julgada e tramitada com extrema lentidão. A decisão que se venha a obter, passados mais de 8 (oito) anos da ocorrência do fato, será passível de vários recursos revisivos, o que amplia a impunidade relacionada com o fato" (§ 2º).

provocados, além de ter ordenado diversas outras obrigações, a exemplo do dever de garantir, em prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e punir os responsáveis pelos fatos deste caso seja regularmente desenvolvido.

1.2. Pontos importantes

1.2.1. Primeiro caso envolvendo violações de direitos humanos de pessoa com deficiência mental. O *Caso Ximenes Lopes* se destaca por ser o primeiro precedente da Corte IDH sobre violação de direitos humanos de pessoa com deficiência mental, o que levou a Corte a estabelecer deveres do Estado brasileiro a respeito da elaboração de uma política antimanicomial²³⁸.

1.2.2. Responsabilidade do Estado derivada de atos cometidos por particulares. Outro ponto importante do *Caso Ximenes Lopes* se encontra no fato de a Corte IDH ter declarado a responsabilidade internacional do Estado por atos cometidos por particulares, no caso, uma clínica privada de saúde²³⁹. Afirmou a Corte IDH que “(...) a responsabilidade estatal também pode gerar-se por atos de particulares em princípio não atribuíveis ao Estado”, avançando para dizer que “As obrigações erga omnes que têm os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção, e de assegurar a efetividade dos direitos, projetam seus efeitos para além da relação entre seus agentes e as pessoas submetidas à sua jurisdição, pois se manifestam na obrigação positiva do Estado de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos nas relações interindividuais” (Mérito, reparações e custas, § 85). Relacionando este entendimento com o caso concreto, a Corte IDH afirmou que “(...) a ação de toda entidade, pública ou privada, que está autorizada a atuar com capacidade estatal, se enquadra no compromisso de responsabilidade por fatos diretamente imputáveis ao Estado, tal como ocorre quando se prestam serviços em nome do Estado” (Mérito, reparações e custas, § 87), e também que “(...) considera que os Estados têm o dever de regular e fiscalizar toda a assistência de saúde prestada às pessoas sob sua jurisdição, como dever especial de proteção à vida e à integridade pessoal, independentemente de se a entidade que presta tais serviços é de caráter público ou privado” (Mérito, reparações e custas, § 89).

1.2.3. Primeira condenação do Brasil na Corte IDH. O *Caso Ximenes Lopes* foi a primeira condenação sofrida pelo Brasil na Corte IDH.

1.2.4. Uso da “sujeição” no paciente e direito à integridade pessoal. No julgamento do *Caso Ximenes Lopes*, dentre os importantes temas sobre direitos do paciente com enfermidade mental, a Corte IDH enfrentou a questão da *sujeição*, que significa, nos dizeres da Corte, “(...) qualquer ação que interfira na capacidade de um paciente de tomar decisões ou que restrinja sua liberdade de movimento” (Mérito, reparações e custas, § 133). Como exemplos, podemos citar a contenção física numa cama ou a aplicação de medicamentos

²³⁸ Sobre o tema, ver: PUENTE, Sofía Galván. *Ximenes Lopes: decisión emblemática en la protección de los derechos de las personas con discapacidad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

²³⁹ Puente também ressalta este ponto como sendo um dos mais relevantes do caso (*Ximenes Lopes: decisión emblemática...*, p. 38).

que neutralizem o paciente por determinado tempo. A Corte IDH considera que a *sujeição* é uma das medidas mais agressivas a que se pode submeter o paciente em tratamento psiquiátrico, de modo que, para não violar o direito à integridade pessoal (CADH, art. 5º), “(...) deve ser empregada como medida de último recurso e unicamente com a finalidade de proteger o paciente, ou também médicos e terceiros, quando o comportamento da pessoa em questão seja tal que esta represente uma ameaça à segurança daqueles”, ressaltando a Corte que “A *sujeição* não pode ter outro motivo senão este, e somente deve ser levada a cabo por pessoal qualificado e não pelos pacientes” (Mérito, reparações e custas, § 134). Finalmente, a Corte IDH esclareceu que, em razão de todo tratamento se destinar ao melhor interesse do paciente e com respeito à sua autonomia, os médicos, considerando necessário proceder com a *sujeição*, devem aplicar o método que seja menos restritivo, pelo período que seja absolutamente necessário e em condições que respeitem a dignidade do paciente e que minimizem a deterioração de sua saúde (Mérito, reparações e custas, § 135). A Corte IDH decidiu que o Estado brasileiro não observou essas preocupações ao realizar a *sujeição* de Ximenes Lopes, eis que empregada com auxílio de outros pacientes, com uso desproporcional de força e sem um acompanhamento médico adequado durante e após o ato.

2. Caso Nogueira de Carvalho e outro vs. Brasil

Sentença de 28.11.2006

Exceções preliminares e mérito

2.1. Resumo do caso

Em dezembro de 1997, algumas entidades de proteção dos direitos humanos apresentaram denúncia perante a CIDH contra o Brasil, alegando que o país seria responsável pela morte de Gilson Nogueira de Carvalho, um advogado ativista de direitos humanos, assassinado em outubro de 1996. Os peticionários alegaram que o direito à vida da vítima não foi garantido e que o Estado brasileiro não havia realizado uma investigação séria sobre sua morte. Em 2000, o Estado informou à CIDH que o processo sobre a morte da vítima já se encontrava em fase de pronúncia. Após sucessivas prorrogações de resolução da demanda, o Estado brasileiro informou à CIDH, em 2005, que o único acusado pela morte da vítima havia sido absolvido pelo Tribunal do Júri e que o Ministério Público havia apelado da referida sentença. No mesmo ano, porém, entendendo que o Brasil não teria cumprido com as recomendações emitidas, a CIDH apresentou o caso à Corte IDH.

Após o processamento do caso, na fase de apreciação das exceções preliminares, embora a Corte IDH tenha concordado com o Estado no sentido de que a morte da vítima ocorreu dois anos antes do reconhecimento da competência contenciosa pelo país, considerou-se competente para examinar as ações e omissões relacionadas com violações contínuas e permanentes, que têm início antes da data de reconhecimento da competência da Corte e persistem ainda depois dessa data. Assim, a Corte IDH indeferiu a objeção preliminar arguida pelo Estado, da mesma forma que rejeitou a preliminar de não esgotamento dos recursos internos, eis que o Estado não a arguiu no procedimento perante a CIDH.

No mérito, porém, a Corte IDH decidiu que o Estado não falhou na investigação da morte da vítima, tendo havido, no seu entender, a adoção de diversas medidas policiais e judiciais a partir de 1998, ou seja, desde a data do reconhecimento da competência da Corte, único período considerado neste caso. Assim, a Corte IDH não reconheceu a violação dos direitos à proteção e às garantias judiciais consagradas nos arts. 8º e 25 da CADH, determinando, então, por unanimidade, o arquivamento do expediente.

2.2. Pontos importantes

2.2.1. Limites da atuação da Corte IDH para determinar que o Estado investigue, processe e puna os responsáveis. A Corte IDH afirmou no julgamento do *Caso Nogueira de Carvalho e outro* que compete à jurisdição interna de cada Estado o exame dos fatos e das provas apresentadas pelas partes, de modo que a ela – à Corte IDH – não compete substituir a jurisdição interna para estabelecer “(...) as medidas específicas de investigação e julgamento num caso concreto para obter um resultado melhor ou mais eficaz, mas sim constatar se nos passos efetivamente dados no âmbito interno foram ou não violadas obrigações internacionais do Estado decorrentes dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana” (Exceções preliminares e mérito, § 80). Considerando que os supostos responsáveis pela morte de Nogueira de Carvalho foram absolvidos pelo Tribunal do Júri, realmente seria inusitado que a Corte IDH condenasse o Estado brasileiro pela impunidade, pois teríamos aqui uma responsabilização estatal por ato praticado por particular – ainda que exercendo uma *função pública* – em que não seria possível exigir do Estado uma *intervenção* direta ou indireta para que fosse obtido outro resultado.

2.2.2. Defesa do Estado no âmbito internacional. Conforme vimos no resumo do caso, o Estado brasileiro foi *absolvido* no julgamento perante a Corte IDH. Muito oportunamente, André de Carvalho Ramos destaca “a importância do mecanismo coletivo de proteção de direitos humanos também para os Estados. O Brasil defendeu-se de modo adequado e a demanda internacional foi considerada improcedente”²⁴⁰. Para que o Estado brasileiro se defenda sempre de forma técnica e adequada nos litígios internacionais, é preciso que a Advocacia-Geral da União (AGU) seja devidamente estruturada e que mantenha a exitosa iniciativa de *especializar* um departamento (no caso, o Departamento Internacional) para acompanhar as ações e os procedimentos relativos a temas de Direito Internacional.

2.2.3. Primeiro caso enfrentado pela Corte IDH sobre violação de direitos humanos contra “defensores de direitos humanos”. O *Caso Nogueira de Carvalho e outro* é considerado o primeiro caso da história da Corte IDH sobre violação de direitos humanos contra *defensores de direitos humanos*²⁴¹. Ensina Flávia Piovesan que defensores de direitos humanos “(...) são todos os indivíduos, grupos e órgãos da sociedade que promovem e protegem os direitos humanos e as liberdades fundamentais universalmente reconhecidos, conforme dispõe a Declaração dos Direitos e Responsabilidades dos Indivíduos, Grupos e Órgãos da Sociedade para Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Indi-

²⁴⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos...*, p. 336.

²⁴¹ Sobre o conceito de *defensor de direitos humanos* idealizado pela Corte IDH, ver comentários do *Caso Defensor de Direitos Humanos vs. Guatemala*.

viduais Universalmente Reconhecidos, adotada pela ONU em 9 de dezembro de 1998”²⁴². No julgamento do *Caso Nogueira de Carvalho e outro*, a Corte IDH ressaltou que “(...) as ameaças e os atentados à integridade e à vida dos defensores de direitos humanos e a impunidade dos responsáveis por estes fatos são particularmente graves porque têm um efeito não somente individual, mas também coletivo, na medida em que a sociedade se vê impedida de conhecer a verdade sobre a situação a respeito ou da violação dos direitos das pessoas sob a jurisdição de determinado Estado” (Exceções preliminares e mérito, § 76). Ainda sobre esse ponto, a Corte IDH afirmou que “Os Estados têm o dever de facilitar os meios necessários para que os defensores de direitos humanos realizem livremente suas atividades; protegê-los quando são objeto de ameaças para evitar os atentados à sua vida e integridade; abster-se de impor obstáculos que dificultem a realização de seu trabalho, e investigar séria e eficazmente as violações cometidas contra eles, combatendo a impunidade” (Exceções preliminares e mérito, § 77).

3. Caso Escher e outros vs. Brasil

Sentença de 06.07.2009	<i>Exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 20.11.2009	<i>Interpretação da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>

3.1. Resumo do caso

Entre os meses de abril e junho de 1999, a pedido da Polícia Militar do Estado do Paraná, o Poder Judiciário paranaense autorizou a interceptação e o monitoramento das linhas telefônicas de Arlei José Escher e outros, todos membros integrantes de organizações comunitárias que mantinham relação com o Movimento dos Sem Terra (MST), compartilhando com este o objetivo comum de promover a reforma agrária no Estado do Paraná. O fundamento apresentado pela PM para requerer a interceptação telefônica foi justamente a existência de indícios de que os membros daquelas organizações mantinham algum vínculo com o MST para a prática de atividades criminosas. O requerimento foi deferido pela juíza da Vara de Loanda/PR por meio de mera anotação na folha da petição, em que escreveu “*Recebido e analisado. Defiro. Oficie-se*”. O Ministério Público não foi intimado da decisão. Fragmentos das conversas telefônicas foram veiculados no Jornal Nacional (Globo), assim como reproduzidos em *coletiva de imprensa* convocada pelo Secretário de Segurança do Estado do Paraná, ocasião em que foram, ainda, distribuídas cópias de mídias para jornalistas com o áudio daqueles fragmentos de conversas gravadas. Mais de um ano após o encerramento da monitoração, a juíza remeteu os autos do processo para o MP, que se manifestou pela ilegalidade do procedimento, requerendo que fosse decretada a sua nulidade, o que não foi acolhido pelo Judiciário. As vítimas esgotaram os recursos internos e não obtiveram êxito nas pretensões de invalidar o procedimento e de conseguir a justa reparação pelos danos sofridos.

²⁴² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 400.

Após o processamento do caso, a partir de uma interpretação conjugada com o ordenamento jurídico interno a respeito do tema (Constituição Federal e Lei 9.296/1996), a Corte IDH reconheceu diversas ilegalidades no procedimento das interceptações, tais como: a) requeridas e autorizadas sem a respectiva motivação de subsidiar investigação criminal; b) ausência de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos membros integrantes das organizações comunitárias nas infrações penais supostamente investigadas; c) ausência de declinação dos meios que seriam empregados para realizar a interceptação, assim como a falta de clareza quanto aos fatos objeto da investigação; d) ausência de demonstração de que o meio empregado era o único viável para obter tal prova; e e) ilegitimidade da PM para requerer a interceptação telefônica. A Corte IDH afirmou que as conversas relacionadas com as vítimas eram de caráter privado e nenhum dos interlocutores consentiu que fossem conhecidas por terceiros, de modo que “(...) a divulgação de conversas telefônicas que se encontravam sob segredo de justiça, por agentes do Estado, implicou em ingerência na vida privada, honra e reputação das vítimas” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 158).

A Corte IDH também concluiu que o Estado brasileiro violou o direito à liberdade de associação reconhecido no art. 16 da CADH.

3.2. Pontos importantes

3.2.1. A proteção do sigilo das comunicações telefônicas pela CADH. A CADH estabelece que “Ninguém pode ser objeto ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” (art. 11.2). No julgamento do *Caso Escher*, a Corte IDH afirmou que, embora as conversas telefônicas não se encontrem expressamente previstas neste dispositivo da Convenção, trata-se de uma forma de comunicação que também é protegida pelo direito à vida privada (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 114). Consideramos acertado o entendimento da Corte Interamericana, pois não teria sentido outorgar proteção, por exemplo, à comunicação por correspondência e deixar desprotegida a comunicação telefônica²⁴³. Apesar de a Corte IDH não ter invocado expressamente este argumento, nos parece que temos aqui um exemplo de *interpretação evolutiva* da CADH, já que, quando da sua adoção, em 1969, a tecnologia para interceptar comunicações telefônicas era muito pouco utilizada ou difundida, o que pode explicar a ausência desse tipo de comunicação no art. 11.2 da Convenção Americana.

3.2.3. Divulgação das conversas telefônicas interceptadas. A Corte IDH se deparou com uma questão importante no julgamento do *Caso Escher*, que tem, conforme veremos a seguir, uma conexão muito atual com o Direito brasileiro, dizendo respeito à possibilidade de se levantar o sigilo da interceptação e proceder com a divulgação da conversa dos interlocutores sem que estes autorizem. Para a Corte Interamericana, esse expediente implica em ingerência arbitrária e ilegal na vida privada, na honra e na reputação dos indivíduos (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 158), e isso porque, no seu entendimento, “(...) guardar segredo das conversas telefônicas interceptadas durante

²⁴³ Sobre o tema, ver: MALAN, Diogo. *Caso Escher e outros vs. Brasil e sua importância para o processo penal brasileiro*. *Boletim Informativo IBRASPP*, ano 2, n. 3, 2012/02, p. 11.

uma investigação penal é um dever estatal: a) necessário para proteger a vida privada das pessoas sujeitas a uma medida de tal natureza; b) pertinente para os objetivos da própria investigação; e c) fundamental para a adequada administração da justiça. No presente caso, se tratava de informação que devia permanecer sob o conhecimento apenas de um reduzido número de funcionários policiais e judiciais, e o Estado falhou em sua obrigação de mantê-la com o resguardo devido” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 162). Em seu voto apresentado no julgamento do *Caso Escher*, o juiz García Ramírez foi preciso ao ressaltar que “A finalidade de justiça que pudesse justificar a interceptação [telefônica] – ou a ingerência, em geral, em espaços da vida privada – cessa quando sobrevém a difusão ilícita de informação que devia ficar apenas sob conhecimento e proteção da autoridade” (§ 11), afirmando, ainda, ser falsa a antinomia segurança pública x direitos fundamentais para justificar tamanha ingerência na vida privada das pessoas (§ 12). Estamos de acordo com o entendimento da Corte IDH, pois o sigilo sobre o conteúdo da interceptação telefônica – sobretudo antes de transitar em julgado eventual condenação – propicia um julgamento mais *justo*, em que garantias como privacidade, presunção de inocência e imparcialidade se encontram mais protegidas.

3.2.4. Poder da Corte IDH para determinar que um Estado-Parte revogue ou altere uma lei interna. Consideramos oportuno registrar uma curiosidade sobre o *Caso Escher*. Os representantes das vítimas solicitaram à Corte IDH que fosse ordenado ao Estado brasileiro a revogação de uma lei que concedeu o título de cidadã honorária do Paraná à juíza responsável pelo processo na jurisdição interna. Embora a Corte IDH tenha indeferido o pedido, ressaltou que “(...) é competente para ordenar a um Estado que deixe sem efeito uma lei interna quando seus termos sejam atentatórios aos direitos previstos na Convenção, e por isso, contrários ao artigo 2º do mesmo tratado” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 254).

3.3. Conexões com o Direito brasileiro

3.3.1. Sobre a polêmica decisão do juiz federal Sérgio Moro de levantar o sigilo de comunicação interceptada entre o ex-presidente Lula diversos interlocutores. Em março de 2016, o Estado do Paraná novamente foi *palco* de um episódio envolvendo abusos judiciais no contexto da interceptação telefônica. Tudo ocorreu quando o juiz federal Sérgio Moro, em processo relacionado à operação *Lava Jato*, entendeu por levantar o sigilo de comunicação interceptada entre o ex-presidente Lula e diversos interlocutores. Para Moro, “Nos termos da Constituição, não há qualquer defesa de intimidade ou interesse social que justifiquem a manutenção do segredo em relação a elementos probatórios relacionados à investigação de crimes contra a Administração Pública”. A medida foi questionada no STF, tendo o min. Teori Zavascki, em decisão monocrática, censurado o comportamento de Moro, ressaltando que “A lei de regência (Lei 9.296/1996), além de vedar expressamente a divulgação de qualquer conversação interceptada (art. 8º), determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º). (...) Contra essa ordenação expressa, (...) é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos (...)” (Rcl 23.457). Estamos de acordo com a decisão do min. Zavascki. Não há outra interpretação a se extrair do art. 8º, *caput*, da Lei 9.296/96, que expressamente estabelece que “A interceptação de co-

municação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas”.

4. Caso Garibaldi vs. Brasil

Sentença de 23.09.2009

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

4.1. Resumo do caso

Os fatos deste caso aconteceram em 27.11.1998, no contexto de um despejo extrajudicial na Fazenda São Francisco. Este lugar, situado na cidade de Querência do Norte, no Estado do Paraná, estava ocupado por cerca de cinquenta famílias. No dia do despejo, um grupo de aproximadamente vinte homens encapuzados e armados chegou na Fazenda São Francisco disparando e ordenando aos trabalhadores para que saíssem de suas barracas. Quando Sétimo Garibaldi, membro do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), saiu de sua barraca, foi ferido por um disparo efetuado por um dos homens encapuzados, vindo a falecer devido a uma hemorragia. A investigação policial e judicial do caso foi marcada por uma série de irregularidades por parte das autoridades encarregadas. Ao final, determinou-se o arquivamento do caso, permanecendo impunes os autores da violação de direitos humanos.

A Corte IDH iniciou o julgamento apreciando as preliminares alegadas pelo Estado brasileiro, tendo rejeitado todas, com exceção da preliminar de incompetência *rationi temporis*, que foi parcialmente acolhida. Em razão de a morte de Sétimo Garibaldi ter ocorrido antes do reconhecimento da jurisdição da Corte, o tribunal interamericano entendeu que poderia julgar apenas as violações das garantias judiciais dos familiares da vítima. Assim, no mérito, a Corte Interamericana declarou que o Estado brasileiro violou o direito dos familiares do sr. Sétimo Garibaldi de que a morte deste fosse investigada e que os responsáveis fossem punidos. Como medida de reparação, a Corte IDH condenou o Estado brasileiro por ter propiciado uma situação de violação de direitos humanos, recomendou melhorias no sistema de investigação e o cumprimento de prazos para a conclusão dos inquéritos policiais e, por fim, além da publicação da sentença no Diário Oficial como forma de reparação, fixou uma quantia a título de reparação pelos danos sofridos pelos familiares da vítima.

4.2. Pontos importantes

4.2.1. O dever de investigar é uma obrigação de meio e não de resultado. No julgamento do *Caso Garibaldi*, a Corte IDH reiterou o seu entendimento de que o dever de investigar é uma obrigação de meio e não de resultado que os Estados devem assumir. Prossegue a Corte para ressaltar que se trata de um “(...) dever jurídico próprio e não de uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera, ou como uma mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares ou da aportação privada de elementos probatórios” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 113).

4.2.2. Princípios que os Estados devem observar na investigação de uma morte violenta.

A Corte IDH também reiterou o seu entendimento de que, diante de uma morte violenta, as autoridades estatais incumbidas da investigação devem observar os seguintes princípios: a) identificar a vítima; b) recuperar e preservar o material probatório relacionado com a morte, com o fim de ajudar em qualquer potencial investigação penal dos responsáveis; c) identificar possíveis testemunhas e obter suas declarações em relação à morte que se investiga; d) determinar a causa, a forma, o lugar e o momento da morte, assim como qualquer padrão ou prática que possa tê-la causado; e e) distinguir entre morte natural, morte acidental, suicídio e homicídio. E conclui a Corte IDH advertindo, ainda, que “(...) é necessário investigar exaustivamente a cena do crime, realizar autópsias e análises de restos humanos de forma rigorosa, por profissionais competentes e empregando os procedimentos mais apropriados” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 115).

4.2.3. Reconhecimento do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) como grupo vulnerável. Ao julgar o *Caso Garibaldi vs. Brasil*, a Corte IDH reconheceu de forma inédita e paradigmática a vulnerabilidade dos membros do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) em sua jurisprudência. Ao analisar a situação dos trabalhadores camponeses integrantes do MST que faziam parte do conflito fundiário subjacente ao caso, a Corte IDH assentou que “Não pode deixar de expressar sua preocupação pelas graves falhas e demoras no inquérito do presente caso, que afetaram vítimas que pertencem a um grupo considerado vulnerável” (§ 141).

Ainda sobre o direito dos trabalhadores camponeses, ressaltamos aqui que o reconhecimento da vulnerabilidade dos integrantes do Movimento dos Trabalhadores do Sem Terra (MST) pela Corte IDH converge com a Declaração da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos dos Camponeses e de Outras Pessoas que Trabalham em Zonas Rurais, aprovada pela ONU no final de 2018. Para a referida declaração onusiana, entende-se por “trabalhador camponês”: “toda pessoa que é dedicada ou pretende se dedicar, individualmente ou em associação com outras pessoas ou como comunidade, à produção agrícola em pequena escala para fins de subsistência ou em grande medida para fins de comercialização, embora não exclusivamente, a partir do regime de mão de obra familiar e outras formas não monetárias de organização do trabalho, e que possua um vínculo especial de dependência e apego com a terra”. Desta forma, não existem dúvidas de que os integrantes do Movimento dos Sem Terra (MST) estão abrangidos pelo conceito e por conseguinte tutelados pela Declaração da ONU sobre os Direitos dos Camponeses e de Outras Pessoas que Trabalham em Zonas Rurais.

4.3. Conexões com o Direito brasileiro

4.3.1. O descumprimento da decisão da Corte IDH pelo Brasil: um breve comentário ao REsp 1.351.177. O Ministério Público do Estado do Paraná, cumprindo com o seu papel de ativador do controle de convencionalidade e de busca pelo cumprimento das decisões da Corte IDH, requereu o desarquivamento do inquérito policial, apontando ter sido o Estado brasileiro condenado pela Corte Interamericana a investigar e punir os

autores do assassinato de Sétimo Garibaldi²⁴⁴. O pedido do MPPR foi acolhido pelo juízo de Loanda/PR. No entanto, em *habeas corpus* impetrado pela defesa do investigado, o TJPR concedeu a ordem sob o argumento de que as novas provas produzidas não seriam substancialmente novas para determinar o desarquivamento da investigação nos termos do art. 18 do CPP (“Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”) e da Súmula 524 do STF (“Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”). Contra o acórdão do TJPR, o MPPR interpôs recurso especial para o STJ, que entendeu por manter a investigação arquivada. Vejamos a ementa do REsp 1.351.177, rel. min. Ericson Marinho (desembargador convocado), rel. p/ acórdão min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 15.03.2016:

“1. Feita a comparação do conteúdo dos artigos apontados como violados com o teor do acórdão recorrido, constata-se que, por um lado, apenas a matéria do art. 18 do Código de Processo Penal foi objeto de debate. E, por outro, nos embargos declaratórios opostos pelo *Parquet*, não se postulou o pronunciamento da Corte estadual acerca dos arts. 647 e 648 do Código de Processo Penal e do art. 68, 1, c/c o art. 28, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Sendo assim, em relação aos aludidos temas, tem incidência a Súmula 356/STF.

(...)

3. Em nenhum momento se discutiu a existência ou não de justa causa para a propositura da ação penal, mas, sim, se haveria novas provas que autorizariam a reabertura do inquérito anteriormente arquivado, matérias, portanto, distintas. Nesse ponto, a pretensa violação dos aludidos artigos teria surgido quando o Tribunal de origem supostamente efetuou uma cognição aprofundada nas provas, fora dos limites da via do *habeas corpus*, e concedeu a ordem. Em outras palavras, nesse caso, a ofensa teria ocorrido quando da prolação do acórdão recorrido.

(...)

5. Se as instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria de cunho fáctico-probatória, a partir da verificação do conteúdo das provas que deram ensejo à reabertura do inquérito, concluíram que não trouxeram elas elemento novo às investigações, é inviável concluir de modo diverso sem que se proceda à revisão desse mesmo conteúdo. Aplicação da Súmula 7/STJ.

(...)

8. No caso concreto, não se debate se determinado tipo de prova pode ser juridicamente utilizado como meio probatório para dar reabrir a persecução penal. O que se pretende é que esta Corte verifique se o conteúdo do conjunto probatório traria elementos inéditos que se caracterizassem como prova nova, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal.

²⁴⁴ Sobre o exercício do controle de convencionalidade pelo MP, ver: HEEMANN, Thimotie Aragon. *O exercício do controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público*. In: Revista Jurídica do MP-PR, ano 4 – nº 7, dezembro/2017, p. 141-161.

Isso não é valoração jurídica da prova, mas reexame do acervo probante, vedado pela Súmula 7/STJ”.

A decisão do STJ não surpreende porque repete um *padrão* do Poder Judiciário brasileiro – verificado, por exemplo, também no *Caso Gomes Lund* – de não cumprir adequadamente as sentenças da Corte IDH que não se limitam a fixar medidas de reparação pecuniárias, mas sim obrigações de fazer como a de investigar e punir. A Corte IDH já possui uma jurisprudência consolidada no sentido de não admitir a invocação pelo Estado de qualquer obstáculo de direito interno para descumprir a investigação de investigar e punir autores de violações de direitos humanos. Por isso, o art. 18 do CPP e a Súmula 524 do STF deveriam ceder diante do pronunciamento da Corte IDH no *Caso Garribaldi*, devendo-se reabrir a investigação mesmo na ausência de provas substancialmente novas. Teríamos na hipótese, então, o exercício do controle de convencionalidade do art. 18 do CPP e da Súmula 524 do STF para conferir a eles uma interpretação conforme o art. 68 da CADH, segundo o qual “Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

O min. Rogerio Schietti Cruz, vencido no julgamento do REsp 1.351.177, apresentou no seu voto uma reflexão importante que deveria ser melhor acolhida pelo Poder Judiciário brasileiro:

“Creio desnecessário dizer o quão constrangedor é para o sistema judiciário brasileiro ver apontada, em âmbito internacional, a incúria com que, conforme afirmado, se houveram as autoridades responsáveis pela investigação de um crime de homicídio, classificado por nossa Constituição da República como hediondo.

(...) Acredito, entretanto, ser ainda mais constrangedor perceber que, mesmo após o reconhecimento formal dessas inúmeras falhas e omissões estatais na condução das investigações relativas ao caso de homicídio de um nacional, não houve qualquer esforço do Judiciário brasileiro em dar efetivo cumprimento à sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

(...) a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ora examinada é uma demonstração de como estamos ainda distantes de internalizar a regra do controle de convencionalidade, que há de caminhar *pari passu* com o controle de constitucionalidade de toda norma do direito positivo, obrigação a que se sujeita todo magistrado ou órgão jurisdicional, de qualquer grau ou instância.

É mais preocupante ainda a situação brasileira ante a percepção de que vários outros países que integram o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos adotam comportamento judicial diferente. (...)

A conclusão principal, a meu ver, é inexorável: se o Brasil ratificou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a introduziu no direito positivo pátrio com, no mínimo, o mesmo nível hierárquico do Código de Processo Penal – não desconheço o caráter supralegal (posto que infraconstitucional) reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal aos tratados e convenções internacionais (...) –, todo o sistema judicial, desde o magistrado

de primeiro grau até os membros da Suprema Corte, deve se conformar à ideia de que o controle de constitucionalidade implica necessariamente um controle de convencionalidade, os quais não de ser exercidos de forma intercomplementar.

(...) Penso que a forma venceu a substância. O apego a uma regra de natureza procedimental – produção ou não de prova com conteúdo substancialmente novo – superou a constatação, pelo próprio TJPR, de que os elementos colhidos no inquérito policial conferiam justa causa à ação penal. Preferiu-se a proteção, em tom absoluto, a quem nem sequer havia sido ainda formalmente acusado, em prejuízo da apuração de grave crime, relacionado a conflito agrário, mesmo ciente de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu inúmeras omissões e falhas na condução das investigações que culminaram no arquivamento do inquérito policial”.

O acórdão do REsp 1.351.177 transitou em julgado no dia 15.08.2016 e o Brasil não deu cumprimento integral à sentença da Corte IDH proferida no *Caso Garibaldi*, o que pode lhe acarretar uma nova condenação perante a Corte, agora por violar o art. 68 da CADH.

5. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil

Sentença de 24.11.2010

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

5.1. Resumo do caso

O *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, popularmente conhecido como *Caso “Guerrilha do Araguaia”*, trata da responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de aproximadamente setenta pessoas, dentre elas integrantes do PCB (Partido Comunista Brasileiro) e camponeses da região do Araguaia, situada no Estado do Tocantins, entre 1972 e 1975. A maioria das vítimas desaparecidas integrava (ou pelo menos havia uma suspeita de que o fizessem) o movimento de resistência intitulado “Guerrilha do Araguaia”, conhecido por realizar atos de resistência e oposição aos militares. Naquela época, o governo do Estado brasileiro implementou ações com o objetivo de exterminar todos os integrantes do movimento “Guerrilha do Araguaia”, no que obteve êxito. Ocorre que, no dia 28 de agosto de 1979, o Brasil aprovou a Lei Federal 6.683, popularmente conhecida como “Lei da Anistia”. Esse diploma normativo perdoou todos aqueles que haviam cometido crimes políticos ou conexos com eles no período da ditadura militar, o que acabou gerando a irresponsabilidade de todos os agentes do Estado brasileiro que participaram dos massacres ocorridos no período da ditadura, inclusive em relação aos fatos ocorridos na região do Araguaia. A controvérsia chegou até a CIDH em agosto de 1995. Após o Brasil não ter se manifestado sobre os relatórios da CIDH, a demanda foi submetida à Corte IDH.

A CIDH pugnou pela responsabilização do Estado brasileiro pela violação dos seguintes dispositivos da CADH: art. 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), art. 4º (direito à vida), art. 5º (direito à integridade pessoal), art. 7º (direito à liberdade pessoal), art. 8º (garantias judiciais), art. 13 (liberdade de pensamento e de ex-

pressão) e art. 25 (proteção judicial). A Comissão ainda fez referência à promulgação da Lei da Anistia no Estado brasileiro, que ocasionou a não realização da investigação penal e do cumprimento do dever de perseguir e julgar os responsáveis pelos massacres. No dia 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana sentenciou o *Caso Gomes Lund*, responsabilizando o Estado brasileiro pelas violações ocorridas na região do Araguaia, no período em que vigorava no país o regime militar.

5.2. Pontos importantes

5.2.1. O caso “Guerrilha do Araguaia” envolve o tema da justiça de transição e suas quatro dimensões. O *Caso Gomes Lund* é mais um caso julgado pela Corte IDH envolvendo Leis de Anistia, Justiça de transição e suas quatro dimensões. Em uma breve síntese, entende-se por justiça de transição (ou “*transitional justice*”) um conjunto de mecanismos judiciais ou extrajudiciais utilizados por uma sociedade como um ritual de passagem à ordem democrática após graves violações de direitos humanos por regimes autoritários e ditatoriais, de forma que se assegure a responsabilidade dos violadores de direitos humanos, o resguardo da justiça e a busca da reconciliação. Assim, a justiça de transição compreende diversas práticas administrativas e judiciais que visam deslegitimar o regime antidemocrático anterior, como, por exemplo, prover indenizações aos familiares das vítimas, responsabilizar o Estado pelos abusos cometidos etc²⁴⁵. O Conselho de Segurança da ONU também definiu quatro práticas para lidar com o regime de exceção. A doutrina costuma chamar essas facetas de “dimensões”. São elas: a) direito à memória e à verdade; b) direito à reparação das vítimas (e seus familiares); c) o adequado tratamento jurídico aos crimes cometidos no passado; d) e a reforma das instituições para a democracia. Passamos à análise de cada uma das dimensões da justiça de transição.

5.2.1.1. Direito à verdade e à memória. O direito à verdade e à memória nada mais é do que uma busca de toda informação ou esclarecimento de interesse público para que a população saiba o que realmente aconteceu ou não durante o período do regime antidemocrático. Essa faceta da justiça de transição pode ser concretizada por meio de medidas

²⁴⁵ Historicamente, o conceito de “justiça de transição” e suas quatro dimensões é de autoria do Conselho de Segurança da ONU. Vejamos o conceito onusiano idealizado por Jorge Chediek, representante residente do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e coordenador residente do Sistema ONU Brasil: “Para a família da ONU, justiça de transição é o conjunto de mecanismos usados para tratar o legado histórico da violência dos regimes autoritários. Em seus elementos centrais estão a verdade e a memória, através do conhecimento dos fatos e do resgate da história. Se o Desenvolvimento Humano só existe de fato quando abrange também o reconhecimento dos direitos das pessoas, podemos dizer que temos a obrigação moral de apoiar a criação de mecanismos e processos que promovam a justiça e a reconciliação. No Brasil, tanto a Comissão de Anistia quanto a Comissão da Verdade configuram-se como ferramentas vitais para o processo histórico de resgate e reparação, capazes de garantir procedimentos mais transparentes e eficazes. É papel da ONU, como agente de mudança e de transformação, sensibilizar e pregar àqueles que não compartilham destes ideais a importância da construção e do respeito aos Direitos Humanos, pedra fundamental sobre a qual está edificada a Carta das Nações Unidas. É através desse prisma que os ideais de um mundo mais justo e pacífico devem ser concretizados. Justiça, paz e democracia não são objetivos que se excluem. Ao contrário, são imperativos que se reforçam” (CHEDIEK, Jorge. *Justiça de transição. Manual para a América Latina*. ONU. Brasil e Nova Iorque. p. 16. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>).

administrativas, resguardando a história do país afetado pelo regime antidemocrático, e também por meio de ações judiciais que visem obter a devida reparação pelos danos sofridos no regime antidemocrático, bem como responsabilizar os responsáveis pelas violações de direitos humanos. Assim, o direito à verdade e à memória retrata uma verdadeira luta contra o esquecimento (*struggle against forgetting*)²⁴⁶.

Ainda segundo a doutrina, o direito à verdade e à memória possui uma dupla finalidade, qual seja, além do conhecimento de fatos históricos e de interesse público, o reconhecimento de determinadas situações consolidadas no período dos anos de chumbo, combatendo as inverdades e a negativa destas situações, concretizando, assim, o direito à memória²⁴⁷.

No ano de 2017, o STF determinou ao STM que fossem tornados públicos e disponíveis os áudios das sessões secretas do período da ditadura militar, como forma de concretizar o direito à verdade e à memória (Rcl 11.949, rel. min. Cármen Lúcia, Plenário, j. 16.03.2017).

5.2.1.2. Direito à reparação das vítimas. Essa dimensão da justiça de transição pode ser realizada tanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto pelo próprio Judiciário brasileiro. O direito à reparação das vítimas pode ocorrer de inúmeras maneiras, tais como: a publicação da sentença da Corte IDH no Diário Oficial da União como pedido de desculpas; a descoberta do que efetivamente ocorreu no período do regime antidemocrático; a localização dos corpos das vítimas do delito de desaparecimento forçado no período ditatorial; a concessão de indenizações para os familiares das vítimas etc. No *Caso Gomes Lund*, a Corte IDH condenou o Estado brasileiro a indenizar diversos familiares das vítimas desaparecidas na região do Araguaia. Além disso, e como concretização do direito à reparação das vítimas (e seus familiares), o Judiciário brasileiro vem entendendo que a Lei de Anistia não pode ser estendida à esfera civil, o que possibilita que as pessoas suspeitas de cometer atos ilícitos no período entre 1961 e 1979 possam ser demandadas na justiça para que reparem seus danos.

5.2.1.3. A reforma e a redemocratização das instituições envolvidas com a ditadura militar. Desde o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil vem evoluindo para o cumprimento dessa dimensão da justiça de transição. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no Brasil o que muitos entendem como o regime mais democrático de toda a história brasileira. Nesta linha, as próprias Forças Armadas passaram por um processo de reformulação e democratização desde o fim do período ditatorial. Atualmente, a liberdade de expressão, a liberdade de ir e vir, o direito de reunião e o direito de associação estão consagrados como direitos fundamentais e não podem sofrer limitação arbitrária por parte do Estado. Entretanto, se reconhece que o Brasil ainda pode melhorar

²⁴⁶ Segundo os tribunais superiores, não é possível invocar o direito ao esquecimento diante de fatos históricos e de interesse público. Assim, é possível afirmar que os tribunais superiores dão primazia ao direito à verdade e à memória em detrimento do direito ao esquecimento (*right to be let alone*). Sobre o tema direito ao esquecimento, ver comentários do *Caso Tristan Donoso vs. Guatemala*.

²⁴⁷ Sobre a concretização do direito à verdade e à memória, este é concretizado tanto por uma faceta de cunho histórico, por meio das chamadas Comissões da Verdade, quanto pelas ações judiciais, sejam elas cíveis ou criminais. Nesse sentido, ver RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos...*, 2014, p. 623.

seu regime democrático, principalmente no que tange à concretização de direitos sociais.

5.2.1.4. As “Políticas de veto” (*vetting*) como instrumento de redemocratização das instituições envolvidas com a ditadura militar. Conforme já exposto, a redemocratização das instituições envolvidas e aparelhadas pela ditadura militar consiste em uma das quatro dimensões da justiça de transição. A partir dessa dimensão, a doutrina, capitaneada por Cherif Bassiouni, e a prática internacional, criaram as “políticas de veto”, também chamadas de “políticas de lustração”. Tais políticas estão inseridas no documento internacional conhecido como Princípios de Chicago, e visam a “proibição daqueles que participaram do governo anterior, realizando abusos, de fazer parte das Forças Armadas, agências de inteligência ou outras forças de segurança; dos líderes políticos de se elegerem no novo governo; o afastamento de membros do judiciário e demais funcionários da administração pública associados ao regime anterior”²⁴⁸. Portanto, as políticas de lustração (*lustration*) possuem dois objetivos primordiais, quais sejam: a) evitar novos regimes antidemocráticos, uma vez que as políticas de veto visam afastar dos quadros do Estado os agentes que apoiaram o período ditatorial; e b) a oxigenação dos quadros do Estado e de seu *modus operandi*. Assim, é possível afirmar que as Leis de Anistia não se compatibilizam com as políticas de veto (também chamadas de depuração ou lustração), uma vez que o perdão concedido pelo Estado por meio da Lei de Anistia possibilita ao violador de direitos humanos permanecer nos quadros do Estado, o que vai de encontro a uma das dimensões da justiça de transição.

5.2.2. O adequado tratamento jurídico aos crimes cometidos no período democrático e a responsabilização dos agentes estatais responsáveis pelas violações de direitos humanos. É a partir desta dimensão que se discute a validade ou não da Lei de Anistia brasileira. O tema é polêmico e dá ensejo a diversas discussões. Recentemente, o Ministério Público Federal propôs uma série de ações penais contra agentes militares que supostamente teriam sido autores de crimes contra a humanidade na época dos anos de chumbo. Nas ações penais, o MPF alegou a prática de delitos de caráter permanente pelos acusados, assim como a não abrangência desses crimes pela Lei de Anistia brasileira. Citam-se como exemplos os casos envolvendo o atentado no Riocentro²⁴⁹, a ação penal proposta contra o coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra²⁵⁰ e a exordial acusatória ajuizada contra o coronel Sebastião Curió²⁵¹.

²⁴⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação do Princípio de Chicago à realidade brasileira. *Justiça de transição: das anistias às comissões da verdade*. São Paulo: RT, 2014, p. 240. Para um maior aprofundamento sobre as políticas de veto, ver WEICHERT, Marlon. *Justiça transacional*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015, p. 35.

²⁴⁹ Seis pessoas foram acusadas de participar do atentado no Riocentro, no Rio de Janeiro, durante um show em comemoração ao Dia do Trabalho, em 1981.

²⁵⁰ O coronel do Exército Carlos Brilhante Ustra foi acusado pelo suposto sequestro e cárcere privado de Edgar de Aquino Duarte, fuzileiro expulso das Forças Armadas e que desapareceu em 1974 após ser preso por outros militares. Após ser reconhecido pela justiça brasileira como um dos mentores das atrocidades cometidas no período ditatorial, Ustra faleceu sem ser responsabilizado pelos seus crimes.

²⁵¹ O coronel do Exército Sebastião Curió foi acusado do sequestro de militantes de esquerda na chamada Guerrilha do Araguaia, na mesma região onde ocorreram os fatos do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*.

A ação penal no caso envolvendo os acusados de participar do atentado no Rio-centro foi aceita em primeira instância, mas trancada, via *habeas corpus*, em segundo grau. Segundo o TRF da 2ª Região, “A jurisprudência brasileira não pode importar normas do Tribunal de Nuremberg sobre a existência de crimes contra a humanidade, inexistente na legislação brasileira”²⁵². O relator do *habeas corpus* que trancou a ação penal no caso Rio-centro, des. fed. Ivan Athié, ainda concluiu que “não podemos admitir que normas alienígenas sejam usadas como se integrassem o ordenamento jurídico brasileiro, em nome de um sentimento de justicamento perigosamente em voga no nosso país atualmente”. Argumentos semelhantes guiaram a decisão do mesmo Tribunal Federal em relação ao caso Sebastião Curio²⁵³. Por fim, a ação penal movida contra o Coronel Ustra foi suspensa pelo STF²⁵⁴. O PGR recorreu dessa decisão, alegando que os crimes cometidos por Ustra não estariam abarcados pela proteção conferida pela Lei de Anistia, ante o caráter permanente dos delitos imputados ao acusado. Já adiantamos desde já que não é possível concordar com os argumentos exarados nestas decisões, que refutam a importação de normas internacionais para a aplicação no ordenamento jurídico interno. Porém, antes de expor o nosso posicionamento, é importante demonstrarmos as diversas correntes doutrinárias sobre o tema:

1ª Corrente: a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é norma de *jus cogens* e possui caráter consuetudinário (e também convencional). A existência da Convenção Internacional sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade, de 1968, apenas declarou a imprescritibilidade dos crimes de guerra e de crimes contra a humanidade, ante a existência prévia de um costume internacional no sentido da imprescritibilidade desses delitos, conforme a Resolução 2.338 da Organização das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1967. Assim, conforme dito paradoxalmente pelo próprio relator do *habeas corpus* que trancou uma das ações penais envolvendo o tema, desde a época do Tribunal de Nuremberg (ou seja, mesmo antes da Convenção de 1968) já se admitia a imprescritibilidade desses delitos. É bem verdade que o Brasil não é parte da Convenção Internacional sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade; entretanto, tal fato não causa maiores empecilhos para que o Estado brasileiro reconheça a imprescritibilidade desses delitos, ante o caráter consuetudinário da norma que regula a questão²⁵⁵. Ainda nesse sentido, há mais um argumento a ser sopesado: o caráter de *jus cogens* da imprescritibilidade dos crimes de

²⁵² Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *Habeas Corpus* 0005684-20.2014.4.02.0000.

²⁵³ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Embargos de Declaração em *Habeas Corpus* 0038460-71.2012.4.01.0000/MT.

²⁵⁴ STF, Reclamação 19.760, Rel. Min. Rosa Weber. O mesmo entendimento foi seguido pelo Ministro Teori Zavascki no caso Rubens Paiva (Reclamação 18.686).

²⁵⁵ Em nenhum momento durante a formação do costume internacional o Estado brasileiro foi objeto persistente. Sobre a teoria do objeto persistente, é a lição de Paulo Henrique Gonçalves Portella: “Em todo caso, existe a possibilidade de que um sujeito de Direito Internacional não reconheça expressamente um costume existente ou em gestação, traduzida na figura do *persistent objector*, expressão cuja melhor tradução até agora encontrada na doutrina brasileira é ‘objeto persistente’ (...)” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado...*, p. 66).

guerra e contra a humanidade, já reconhecido pela ONU e também pela Corte IDH²⁵⁶. Por fim, convém relembrar a previsão da imprescritibilidade para os delitos em análise no Estatuto de Roma, convenção que regula o Tribunal Penal Internacional²⁵⁷.

2ª Corrente: impossibilidade do reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra (atualmente adotada pelas cortes nacionais). Não é possível reconhecer a imprescritibilidade dos delitos contra a humanidade e de guerra; logo, não é possível promover a persecução penal contra os agentes da ditadura pelos fatos atentatórios aos direitos humanos que foram cometidos no período da ditadura militar brasileira, pois estes estariam prescritos. Outros argumentos, principalmente o sentimento de insegurança jurídica em uma possível admissão da importação de normas internacionais para o ordenamento jurídico brasileiro, também são frequentemente invocados pelas cortes domésticas. Recentemente, o STJ negou a reabertura do célebre *Caso Rio Centro*, reconhecendo a prescrição dos crimes ocorridos na ditadura²⁵⁸. O STF também enfrentou a questão e, no mesmo sentido do STJ, adotou a corrente que reconhece a prescritibilidade dos crimes ocorridos durante a ditadura militar, alegando que apenas a lei interna poderia dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão punitiva do Estado²⁵⁹.

Não podemos concordar com o posicionamento adotado pelos tribunais brasileiros. Isso porque o próprio Supremo Tribunal Federal frequentemente aplica o costume internacional diretamente em nosso país, como se *law of the land* fosse²⁶⁰, sem qualquer processo de integração. Nesse sentido, é possível encontrar um amplo acervo de julgados do STF sobre o tema envolvendo imunidades de jurisdição dos Estados estrangeiros²⁶¹, no qual o principal argumento para a Corte Constitucional brasileira reconhecer a impossibilidade (em regra) de se processar um Estado estrangeiro nas cortes domésticas é justamente o costume internacional²⁶². Sobre esta segunda corrente, lembramos ao leitor que, em novembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal indeferiu a Extradução 1.362, na qual o Estado da Argentina pleiteava a entrega do sr. Salvador Siciliano, acusado de sequestrar e matar militantes políticos de esquerda no período de 1973 a 1975. Segundo o pedido

²⁵⁶ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006.

²⁵⁷ Art. 29 do Estatuto de Roma: “Os crimes da competência da Corte não prescreverão”.

²⁵⁸ STJ, REsp 1.798.903, rel. min. Rogério Schietti Cruz, 3ª Seção, j. 25.09.2019.

²⁵⁹ STF, Ext 1.362, rel. min. Edson Fachin, rel. p/ acórdão min. Teori Zavascki, Plenário, j. 09.11.2016.

²⁶⁰ A respeito deste tema, é a lição de André de Carvalho Ramos: “Denomino essa aplicação direta de normas internacionais extraconvencionais de ‘fenômeno da impregnação’, pelo qual tais normas são aplicadas diretamente no ordenamento brasileiro, sem qualquer mediação do Congresso Nacional (ausência de Decreto Legislativo), e sem qualquer promulgação por Decreto Executivo” (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 287).

²⁶¹ Para aprofundar neste tema, ver nossos comentários sobre o *Caso Alemanha vs. Itália*, julgado pela Corte Internacional de Justiça.

²⁶² STF, ACO 298, rel. min. Décio Miranda, julgado em 1982; Ação Cível 9.696, rel. min. Sydney Sanches, entre outros. No Superior Tribunal de Justiça, ver AgRg no RO 108, rel. min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 17 de dezembro de 2013, entre outros.

formulado pelo Estado argentino, os crimes de lesa-humanidade a ele atribuídos seriam imprescritíveis de acordo com a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968. No entanto, a maioria dos ministros do STF rejeitou o pleito, sob o argumento de que o Estado brasileiro não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Da mesma forma, os ministros que votaram pela rejeição da extradição não reconheceram a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como uma norma internacional consuetudinária e passível de ser aplicada diretamente no ordenamento jurídico pátrio. Ficou vencido o ministro Fachin, que reconheceu a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Assim, diante da prática do Supremo Tribunal Federal em aplicar o costume internacional como se lei brasileira fosse, e também em prol de uma proteção mais efetiva aos direitos humanos, nos filiamos à primeira corrente, capitaneada na doutrina brasileira por André de Carvalho Ramos, que admite a aplicação do costume internacional da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade diretamente no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, entendemos ser possível a persecução penal contra os agentes estatais violadores de direitos humanos no período da ditadura militar²⁶³.

5.2.3. As três fases da Justiça de Transição. Em que pese muitos autores abordem o tema da *transitional justice* a partir do término do período ditatorial em países da América Latina, o fenômeno possui origem em período anterior, qual seja, o fim da Segunda Guerra Mundial. Sobre este ponto, a professora Ruti Teitel, criadora do termo “justiça de transição”, elenca em sua obra *Genealogia da Justiça de Transição* três fases no fenômeno da justiça de transição, são elas: 1) justiça de transição pós-guerra, 2) justiça de transição pós-guerra fria e 3) justiça de transição no estado estacionário²⁶⁴.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, iniciou-se a primeira fase da justiça de transição, que ficou conhecida por representar significativos avanços na ordem internacional, como a criminalização de condutas atentatórias ao Direito Internacional Humanitário, a cooperação entre Estados e o início da prestação de contas à sociedade (*accountability*), uma vez que foi por meio da divulgação da realidade cruel da Segunda Guerra, em particular, do extermínio dos judeus pelos nazistas e pela brutalidade da agressão japonesa na China, que se provocou a criação de dois tribunais internacionais de primeira geração, o famoso Tribunal de Nuremberg e o de Tóquio, e com eles a definição, pela primeira vez, dos crimes internacionais próprios. Ambos os tribunais simbolizaram uma preocupação com as vítimas diretas e indiretas dos acontecimentos ocorridos na Segunda Guerra, materializando a concepção de justiça restaurativa (*restorative justice*) à luz do fenômeno da justiça transacional²⁶⁵.

²⁶³ É também a posição de MARX, Ivan Cláudio. *Justiça de transição – necessidade e factibilidade da punição aos crimes da Ditadura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Foi também o entendimento adotado pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, conforme o caso Arancibia Clavel.

²⁶⁴ Na obra original, as três fases da justiça de transição estão elencadas como: Phase I: postwar transitional justice; Phase II: post-cold war transitional justice; Phase III: steadystate transitional justice. Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy*. Symposium Human Rights in Transition. 16 *Harvard Human Rights Journal*, 2004, p. 69.

²⁶⁵ Nesse sentido, ver JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*. A interna-

Acerca da segunda fase da justiça de transição, esta reflete o período pós-guerra fria. Com o colapso envolvendo a União soviética, ocorreu um verdadeiro movimento mundial de transição de governos autoritários para governos democráticos.

Por fim, a terceira fase da justiça de transição está intimamente ligada com o fenômeno da globalização e com a proteção internacional dos direitos humanos. Nesta fase, os países se comprometem com a perseguição de atos atentatórios à humanidade, como, por exemplo, reprimir os crimes de *jus cogens*. Esta última fase da justiça de transição impulsionou a utilização dos sistemas internacionais de direitos humanos e a criação do Tribunal Penal Internacional.

Fases da justiça de transição	
Primeira fase	Período pós-Segunda Guerra Mundial.
Segunda fase	Período pós-guerra fria.
Terceira fase	Justiça de transição no estado estacionário.

5.2.4. Os quatro níveis da Justiça de Transição. Ao trabalhar o tema da justiça de transição, a doutrina estrangeira desenvolveu quatro “níveis” ou “planos”, nos quais a justiça de transição se materializa. O primeiro plano pelo qual a justiça de transição se materializa é o plano individual, no qual as vítimas são reparadas em razão das violações de direitos humanos perpetradas por agentes do Estado no período ditatorial. Ainda no plano individual, busca-se a condenação dos responsáveis pelas violações de direitos humanos. Logo, o primeiro nível da justiça de transição é observado na esfera individual, seja dos autores, seja das vítimas. Por outro lado, encontra-se o segundo nível da justiça de transição, qual seja, a dimensão dos Estados-nação, que lida com a definição dos acordos e arranjos entendidos como necessários para facilitar a transição do período antidemocrático para a democracia. Ainda sobre o assunto, a doutrina estrangeira elenca um terceiro nível da justiça de transição, que se materializa por meio dos atores corporativos da sociedade, como, por exemplo, os partidos políticos, as empresas econômicas, as associações profissionais e os sindicatos. Segundo a doutrina, essas pessoas jurídicas são de suma importância para a consolidação da democracia no período de transição, uma vez que dialogam com a sociedade e ajudam as vítimas do período antidemocrático a obter as reparações devidas. Por fim, o quarto e último nível da justiça de transição se materializa na atuação dos tribunais internacionais de direitos humanos que realizam o julgamento dos fatos ocorridos nos períodos ditatoriais de cada Estado (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Europeia de Direitos Humanos, Tribunal Penal Internacional etc.).

5.2.5. Não admissibilidade da Corte IDH como uma “quarta instância”. Logo em sede de exceção preliminar, o Brasil informou à Corte IDH da existência de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o caso. Assim, para o Estado brasileiro, caso a Corte decidisse prosseguir no julgamento do caso *Gomes Lund*, ela acabaria se tornando uma instância revisora de julgamentos locais, caracterizando-se como uma “quarta instância”, o que seria proibido. A exceção alegada pelo Estado brasileiro não foi acolhida

pela Corte IDH, sob o argumento de que não há qualquer hierarquia entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte. O que deve haver é uma relação de diálogo, complementaridade e reciprocidade, mas jamais de hierarquia. Assim, a própria Corte IDH não possui o intuito de revisar as decisões das cortes internas, mas apenas de realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia brasileira em face da CADH, pouco importando a decisão do STF na ADPF 153, que é enxergada pela Corte IDH como mero fato. Desse modo, a Corte IDH não pode ser rotulada como uma “quarta instância” perante a hierarquia do Judiciário, seja ele brasileiro ou de outro Estado-membro da CADH. Desse modo, a Corte deixou claro que “não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando aquele órgão apresentou sua demanda perante a Corte Interamericana, mas que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas, inclusive, inter alia, o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado decorrente dos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 48).

Ainda nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou que “o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153 (par. 136 *infra*), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 49). Portanto, é possível afirmar que a Corte IDH não admite a teoria da quarta instância.

5.2.6. Dever de investigar e punir os crimes de lesa-humanidade como norma de *jus cogens*. As “garantias de não repetição” consistem em uma das formas de reparação por violação de direitos humanos utilizadas pela Corte IDH para que se assegure que os Estados julgados por sua jurisdição não tornem a violar direitos humanos previstos na CADH. Dentro dessas garantias de não repetição, insere-se o dever de investigar e punir, conforme o qual o Estado condenado pela jurisdição da Corte IDH é sentenciado a investigar e punir os autores das violações de direitos humanos. Desse modo, evita-se tanto a reincidência da conduta violadora de direitos humanos quanto a própria impunidade dos responsáveis. O dever de investigar e punir foi utilizado pela primeira vez no *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, primeiro caso julgado pela Corte IDH desde o início de

seus trabalhos no ano de 1988. Nesse sentido, a Corte IDH afirma que “pode e, mais do que isto, tem a obrigação de atribuir natureza de *jus cogens* àqueles direitos mais caros à pessoa, componentes do núcleo duro de proteção (*‘hard core of human rights’*), de modo a protegê-la e a cumprir a finalidade de proteção aos direitos humanos agasalhados na Convenção Americana” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 19).

O dever de investigar e punir os crimes de lesa-humanidade foi utilizado pela Corte IDH na sentença proferida contra o Estado brasileiro no *Caso Gomes Lund*. O tribunal interamericano ordenou que o Brasil investigasse os fatos e punisse os responsáveis pelas violações de direitos humanos na região do Araguaia. Nessa linha, a Corte IDH reiterou o caráter de norma de *jus cogens* do dever de investigar e punir, ressaltando o caráter cogente e imperativo dessa norma para a comunidade internacional como um todo. Foi também no *Caso Gomes Lund* que a Corte Interamericana reafirmou o caráter de *jus cogens* do combate ao desaparecimento forçado.

5.2.7. O Brasil foi processado por violações de direitos humanos cometidas antes de sua adesão à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma das exceções preliminares arguidas pelo Estado brasileiro no *Caso Gomes Lund* foi justamente a incompetência da Corte IDH para julgar o feito. Isso foi alegado porque o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte no dia 10 de dezembro de 1998, mais de duas décadas após os fatos ocorridos na região do Araguaia. Assim, segundo o Estado brasileiro, o processamento do caso na Corte violaria sua cláusula *ratione temporis*. Ocorre que, no paradigmático *Caso Blake vs. Guatemala*, a própria jurisprudência da Corte Interamericana já havia admitido sua competência para julgar um Estado por fatos anteriores ao reconhecimento de sua jurisdição. No *Caso Blake*, a Corte IDH reconheceu que o assassinato do jornalista americano Nicholas Blake não havia sido investigado de maneira adequada, o que inviabilizou a responsabilização dos violadores de direitos humanos. Segundo a Corte Interamericana, essas obrigações de investigar e responsabilizar os autores de tais violações possuiriam o caráter permanente, sendo, portanto, posteriores ao reconhecimento da jurisdição pelo Estado da Guatemala. Foi com base nesse entendimento que a Corte IDH rejeitou a exceção preliminar proposta pelo Estado brasileiro e determinou sua própria competência para julgar o feito. Segundo a Corte IDH, os corpos das vítimas do *Caso Gomes Lund* continuam desaparecidos e os responsáveis pelos desaparecimentos forçados não foram responsabilizados. Assim, a Corte entendeu que o próprio delito de desaparecimento forçado seria de caráter permanente, pois, a cada instante passado sem que se encontrem os corpos desaparecidos e se responsabilizem os autores dos delitos, o direito à vida e à integridade física estaria sendo violado²⁶⁶.

²⁶⁶ “Ao contrário, em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 17).

5.2.8. A Corte IDH proferiu um mandado internacional implícito de criminalização contra o Brasil: a tipificação do delito de desaparecimento forçado. Ao condenar o Estado brasileiro no *Caso Gomes Lund*, a Corte IDH ordenou que o Brasil procedesse à tipificação do crime de desaparecimento forçado. Quando uma lei, tratado ou até mesmo uma sentença internacional profere uma ordem de criminalização de determinada conduta, estamos diante do que a doutrina convencionou chamar de mandado de criminalização. Esses mandados de criminalização podem ser nacionais (quando previstos na Constituição Federal) ou internacionais (quando previstos em um tratado internacional ou ainda em uma decisão de um tribunal internacional). Atendo-nos ao âmbito internacional, caso a ordem para a tipificação de uma determinada conduta esteja prevista em um tratado internacional, dar-se-á o nome de mandado internacional expresso de criminalização. Por outro lado, caso o comando para a tipificação de uma determinada conduta advenha de uma sentença de determinado tribunal internacional, atribui-se o nome de mandado internacional implícito de criminalização²⁶⁷.

Questiona-se: seria possível a Corte IDH condenar o Brasil pelo delito de desaparecimento forçado ainda que o Estado brasileiro não tenha essa conduta criminalizada em sua legislação interna? Sim! Segundo o entendimento da Corte no *Caso Caballero Delgado e Santana vs. Colômbia* (1993), a ausência de tipificação do delito de desaparecimento não deve impedir a condenação do Estado em âmbito internacional. O fato de o Estado ainda não ter criminalizado a conduta de desaparecimento forçado deve servir como mola propulsora para uma condenação em âmbito internacional e, por conseguinte, uma futura tipificação do delito em análise. Portanto, ao condenar o Brasil pelo desaparecimento forçado de uma série de indivíduos na região do Araguaia, a Corte IDH nada mais fez do que manter o seu entendimento já consolidado.

Por fim, e a título de curiosidade, ressalta-se que tramita na Câmara dos Deputados um PL de autoria do senador Vital do Rego para tipificar a conduta de desaparecimento forçado e acrescentá-lo ao rol de crimes hediondos. Trata-se do PL 6.240/2013, que possui a seguinte ementa: “Acrescenta art. 149-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoa, e acrescenta inciso VIII ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para considerar esse crime hediondo”.

²⁶⁷ Nesse sentido, esclarece André de Carvalho Ramos: “A justificativa para a existência de mandados implícitos de criminalização está na chamada dupla dimensão dos direitos humanos, já vista, e também, no próprio princípio da proibição de insuficiência (faceta positiva da proporcionalidade). Os mandados implícitos de criminalização pressupõem a atividade de interpretação de textos normativos. No direito Internacional dos Direitos Humanos, tais mandados foram extraídos de textos convencionais, em especial graças à atividade hermenêutica de duas Cortes regionais de direitos humanos: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Estas interpretaram, respectivamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos no sentido de reconhecer a necessidade de punição penal aos autores de violações de direitos humanos. (...) Assim sendo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos estipulou verdadeiros mandados implícitos de criminalização por meio do reconhecimento do dever de investigar e punir criminalmente os autores de violações de direitos humanos. De fato, para que se puna criminalmente é necessário que o Estado antes tenha tipificado a conduta em tela” (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional...*, p. 249-250).

5.3. Conexões com o Direito brasileiro

5.3.1. Caráter de lei-medida da Lei de Anistia brasileira. A partir de uma classificação formulada pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, a Lei de Anistia brasileira é classificada pela Corte Constitucional brasileira como uma “lei-medida”. As leis-medidas “são aquelas que disciplinam diretamente certos interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam-se, em si mesmas, um ato administrativo especial”. Assim, é possível afirmar que a lei-medida é uma lei apenas em sentido formal, já que não é dotada de generalidade e abstração²⁶⁸. Ainda sobre o tema das leis-medidas, é importante ressaltar que, atualmente, o STF admite o controle de constitucionalidade destas leis, afinal, além da ADPF 153 julgada pelo Supremo, vem sendo admitindo o controle de constitucionalidade de leis orçamentárias, que também são classificadas pelo próprio STF como leis-medidas.

5.3.2. Divergência entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a da Corte IDH. No dia 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da OAB ajuizou uma ADPF almejando conferir interpretação conforme a Constituição para que a Lei da Anistia brasileira fosse interpretada no sentido de excluir os agentes da ditadura militar dos seus efeitos. Em síntese, o Conselho Federal da OAB invocou preceitos fundamentais constitucionais como o princípio da igualdade, o direito à verdade, o princípio republicano e a dignidade da pessoa humana. Ocorre que, no dia 28 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a demanda proposta pelo CFOAB. Segundo o STF, a Lei da Anistia deve ser aplicada aos atos criminosos cometidos pelos agentes da ditadura. Já no dia 24 de novembro de 2010, quase sete meses após a decisão proferida pelo Supremo na ADPF 153, a Corte IDH julgou o *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, reconhecendo a invalidez da Lei de Anistia brasileira e condenando o Estado brasileiro a investigar e punir

²⁶⁸ “(...) O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, ‘se procurou’ [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 – e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido (...)” (STF, ADPF 153, rel. min. Eros Roberto Grau, j. 24.10.2010).

os agentes da ditadura militar pelas graves violações de direitos humanos ocasionadas na região do Araguaia durante o período ditatorial. Segundo a Corte IDH, são incompatíveis com a CADH todas as anistias de graves violações de direitos humanos e não somente as “autoanistias”²⁶⁹. Desse modo, restou instalada uma divergência entre a jurisprudência da Corte IDH e a do STF.

5.3.3. Critérios para solucionar essa divergência: Diálogo das Cortes e Teoria do Duplo Controle. Diante da celeuma instalada em razão da divergência entre o STF e a Corte IDH, a doutrina²⁷⁰ propõe dois critérios para que se tente uma harmonização entre os entendimentos colocados em questão. O primeiro critério, considerado de natureza preventiva, é o do “diálogo das cortes”. Embora não haja um verdadeiro “conflito” entre uma decisão do STF e uma decisão da Corte IDH, é necessário que os tribunais domésticos e internacionais andem lado a lado para que a proteção internacional dos direitos humanos se perfectibilize da melhor maneira possível. Com a adoção do “diálogo das cortes”, haveria uma maior interação entre os tribunais nacionais e internacionais e, consequentemente, menos ações de responsabilização por violações de direitos humanos, dado que os entendimentos dos tribunais nacionais estariam, muito provavelmente, alinhados com a jurisprudência das cortes internacionais. No atual estágio da proteção internacional dos direitos humanos, o critério do diálogo das cortes é, na maioria das vezes, insuficiente. No Brasil, o próprio STF tem postura lamentável ao ignorar, na grande maioria dos casos, os precedentes da Corte IDH, fazendo-lhes menção apenas quando determinado entendimento da Corte corrobora o entendimento que o STF pretende que prevaleça.

O segundo critério é o da “teoria do duplo controle (ou do duplo crivo)” de direitos humanos. Caracterizada a insuficiência do “diálogo das cortes”, a doutrina criou a teoria do duplo controle (ou duplo crivo) de direitos humanos para tentar solucionar a divergência entre a jurisprudência nacional e a internacional. Segundo essa teoria, os direitos humanos possuem no Brasil uma dupla garantia: controle abstrato de constitucionalidade, exercido pelo STF, e controle de convencionalidade autêntico, exercido pela Corte IDH. Assim, com base na teoria do duplo controle de direitos humanos, seria possível dirimir uma eventual controvérsia aparente entre uma decisão do STF e uma decisão da Corte IDH; seria necessário para tanto que o entendimento esposado por ambas as Cortes respeite ao mesmo tempo o crivo da constitucionalidade e o crivo da convencionalidade²⁷¹. Ainda sobre a teoria do duplo controle, é importante ressaltar que o Ministério

²⁶⁹ As leis de “autoanistias” também são chamadas de “anistia amnésica”.

²⁷⁰ Esses critérios de solução foram idealizados por André de Carvalho Ramos.

²⁷¹ Vejamos a lição do criador da teoria do duplo controle, o professor e Procurador Regional da República André de Carvalho Ramos: “De um lado, o STF, que é o guardião da Constituição e exerce o controle de constitucionalidade. Por exemplo, na ADPF 153 (controle abstrato de constitucionalidade), a maioria dos votos decidiu que o formato amplo de anistia foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Por outro lado, a Corte de San José é guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos tratados de direitos humanos que possam ser conexos. Exerce, então, o controle de convencionalidade. Para a Corte IDH, a Lei da Anistia não é passível de ser invocada pelos agentes da ditadura. Com base nessa separação, é possível dirimir o conflito aparente entre uma decisão do STF e da Corte de San José. Assim, ao mesmo tempo em que se respeita o crivo de constitucionalidade do STF, deve ser incorporado o crivo de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Todo ato interno (não importa a natureza ou origem) deve obediência aos dois crivos.

Público Federal adota essa teoria, conforme o parecer do PGR na ADPF 320, que será julgada pelo Supremo Tribunal Federal em um futuro próximo.

5.3.4. A propositura de uma nova ADPF pelo PSOL e a não violação do *ne bis in idem*. Irrresignado com a postura do Estado brasileiro diante da inércia e do não cumprimento da decisão proferida pela Corte IDH no *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou no dia 15 de maio de 2014 com uma ADPF no STF para que a corte máxima do Judiciário brasileiro reconheça a validade e o efeito vinculante da decisão proferida pela Corte IDH no caso da Guerrilha do Araguaia. Embora possa parecer um tanto confuso, não há que se falar em qualquer conflito entre a ADPF 153 (já julgada pelo STF) e a ADPF 320, proposta pelo PSOL em 2014, visto que são ações com pretensões diversas.

O objetivo da ADPF 153, proposta pelo Conselho Federal da OAB, era que o STF adotasse uma interpretação da Lei de Anistia, nos conformes da Constituição, de forma a excluir do alcance de sua proteção os agentes da ditadura. Como já abordamos anteriormente, o STF decidiu pela improcedência da primeira ADPF. Já na ADPF 320, o objetivo da demanda é obter do STF o reconhecimento da validade e do caráter vinculante da decisão proferida no *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Assim, não há que se falar em qualquer conflito ou violação ao princípio do *ne bis in idem* neste caso.

Não deixamos de lamentar o fato de ser necessária a propositura de uma nova ADPF para que o Estado brasileiro cumpra os ditames da sentença do *Caso Gomes Lund*. Isso porque o Brasil aderiu à jurisdição da Corte IDH e as decisões da Corte são vinculantes. Assim, por uma proteção internacional dos direitos humanos cada vez mais ampla, espera-se que, com uma nova composição do Supremo, o julgamento da ADPF 320 tenha destino diverso da ADPF 153. O Ministério Público Federal já exarou parecer favorável pelo conhecimento e procedência parcial da ADPF 320.

5.3.5. Desaparecimento forçado, extradição e dupla tipicidade. Para viabilizar o pleito da extradição, o requisito da dupla tipicidade é medida que se impõe. Entende-se por princípio da dupla tipicidade (também chamado de “princípio da dupla incriminação” ou da “identidade da infração”) a necessidade de que determinada conduta seja tipificada tanto no estado requerido quanto no estado requerente da extradição. Para que seja satisfeito o requisito da dupla tipicidade, não é necessário que a conduta criminosa tenha o mesmo *nomen juris* em ambos os países. Ao realizar a análise de pedidos de extradição envolvendo o delito de desaparecimento forçado, o STF entendeu que estaria satisfeito o princípio da dupla tipicidade, mesmo não havendo a tipificação do delito de desapare-

Caso não supere um deles (por violar direitos humanos), deve o Estado envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados. No caso da ADPF 153 houve o controle de constitucionalidade. No caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destroçada no controle de convencionalidade. Cabe, agora, aos órgãos internos (Ministério Público, Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário) cumprirem a sentença internacional. A partir da teoria do duplo controle, agora deveremos exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana, cujo conteúdo deve ser estudado já nas Faculdades de Direito” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos...*, 2014, p. 408).

cimento na ordem interna brasileira. Para chegar a esse raciocínio, o STF entendeu que o delito de sequestro previsto no art. 146 do Código Penal brasileiro seria equivalente ao delito de desaparecimento forçado para fins de aferir se está preenchida ou não a dupla tipicidade²⁷². Para encerrar, é importante ressaltar que o desaparecimento forçado não pode ser considerado crime político para fins de extradição, conforme o art. 13 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado. Ainda sobre a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, o art. 5º do referido compromisso internacional prevê que “a prática generalizada de desaparecimento forçado constitui crime contra a humanidade, tal como define o direito internacional aplicável, o qual está sujeito às condições nele previstas”. A matéria foi tratada da mesma maneira pelo Estatuto de Roma (TPI).

5.3.6. Instituição da Comissão Nacional da Verdade. Uma das determinações da Corte IDH no *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil* foi a instituição da denominada Comissão Nacional da Verdade. Essa comissão foi criada pela Lei 12.528/2011 e não possui caráter jurisdicional. Logo no art. 1º do referido diploma legal atribui-se à comissão a finalidade de “examinar graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição [de 1988]), a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”. Nesse sentido, é importante fazer menção ao relatório final da Comissão Nacional da Verdade, entregue no dia 10 de dezembro de 2014 à presidente Dilma Rousseff, após dois anos e meio de depoimentos e pesquisas com o intuito de desmistificar os fatos ocorridos no período da ditadura militar. Segundo esse relatório, houve graves e sistemáticas violações aos direitos humanos no período do regime antidemocrático no Brasil, que não se resumiram de forma alguma a casos isolados.

5.3.7. Imprescritibilidade da pretensão indenizatória em virtude de danos decorrentes da perseguição política na época da ditadura militar. Segundo o entendimento do STJ, os danos decorrentes de perseguição política na época da ditadura militar são imprescritíveis. Assim, é pacífico o entendimento de que não se aplica o prazo prescricional quinquenal do Decreto 20.910/1932²⁷³.

5.3.8. Possibilidade de penhora da remuneração econômica recebida a título de anistia política. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a remuneração recebida a título de anistia política não configura verba salarial. Logo, pelo entendimento do STJ, tal remuneração pode ser penhorada²⁷⁴.

5.3.9. Comemoração da implantação da ditadura no Brasil (Golpe de 1964) e ação civil

²⁷² STF, Ext 974, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 06.08.2009; STF, Ext 1.278, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 22.09.2015 e Ext 1.150, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 19.05.2011.

²⁷³ “(...) O acórdão impugnado decidiu em conformidade com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não se aplica a prescrição quinquenal do Decreto n. 20.910/1932 às ações de reparação de danos sofridos em razão de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar, pois nesse caso é imprescritível a pretensão” (STJ, AgRg no REsp 1.424.680, rel. min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 03.04.2014).

²⁷⁴ STJ, REsp 1.362.089, rel. min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 20.06.2013.

pública ajuizada pela Defensoria Pública da União. Em 25.03.2019, O porta-voz da Presidência da República, Otávio Rêgo Barros, afirmou que o presidente Jair Bolsonaro determinou ao Ministério da Defesa que faça as “comemorações devidas pelos 55 anos do golpe que deu início a uma ditadura militar no país. De acordo com o porta-voz da Presidência, o presidente Bolsonaro havia aprovado uma mensagem que seria lida em quartéis e guarnições militares no próximo 31 de março de 2019, em alusão à mesma data no ano de 1964, dia da tomada de poder pelos militares, com a derrubada do então presidente João Goulart e a instalação do regime militar que perdurou por 21 anos no país (1964-1985). O porta-voz da Presidência esclareceu que o presidente Bolsonaro refuta o termo “golpe” para classificar a mudança de regime em 1964. Ou seja, além de não cumprir com a decisão proferida pela Corte IDH no *Caso Gomes Lund*, o Governo brasileiro – agora exercido por um presidente assumidamente contrário aos direitos humanos e pouco simpático ao regime democrático – ainda “celebra” justamente os fatos que acarretaram ao Brasil uma condenação na Corte Interamericana.

No dia 26.03.2019, a Defensoria Pública da União ajuizou uma ação civil pública perante a Justiça Federal do DF pedindo para que fosse determinado à União (Forças Armadas) que se abstenha de levar a efeito qualquer evento em comemoração a implantação da ditadura no Brasil (Golpe de 1964), proibindo especialmente o dispêndio de recursos públicos para esse fim, sob pena de multa a ser fixada, bem como caracterização de ato de improbidade administrativa. A ACP, distribuída para a 6ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, recebeu o número 1007756-96.2019.4.01.3400²⁷⁵. Em 29.03.2019, a juíza federal Ivani Silva da Luz deferiu o pedido de tutela de urgência “para determinar à União que se abstenha da Ordem do Dia alusiva ao 31 de março de 1964, prevista pelo Ministro da Defesa e Comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica”²⁷⁶. No entanto, em agravo de instrumento interposto pela União, no mesmo dia 29.03.2019 a desembargadora federal Maria do Carmo Cardoso suspendeu a execução da liminar, entendendo que a recomendação do Presidente da República se inseria no âmbito do poder discricionário do administrador²⁷⁷.

Torcemos para que a ACP ajuizada pela DPU seja julgada procedente no mérito e, quando submetida a um julgamento colegiado no TRF e eventualmente em tribunais superiores, seja confirmada. Ao celebrar o Golpe de 1964, o Governo brasileiro expõe-se a um constrangimento político internacional e deixa de cumprir com a dimensão da justiça de transição referente à redemocratização das instituições envolvidas com a ditadura militar.

6. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil

Sentença de 20.10.2016

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

²⁷⁵ Para ler a íntegra da petição: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/3/art20190327-01.pdf>. Acesso no dia 18.09.2019.

²⁷⁶ Para ler a íntegra da decisão: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-proibe-comemoracoes-55-anos.pdf>. Acesso no dia 18.09.2019.

²⁷⁷ Para ler a íntegra da decisão: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/3/art20190330-02.pdf>. Acesso no dia 18.09.2019.

6.1. Resumo do caso

Entre o final do ano de 1988 e o início de 1989, a Polícia Federal recebeu denúncias de trabalho escravo em inúmeras fazendas na região do município de Sapucaia, no estado do Pará, entre as quais estava a Fazenda Brasil Verde. Após as denúncias, as autoridades estatais realizaram frequentes visitas e inspeções à Fazenda Brasil Verde com o intuito de verificar as condições lá existentes para o desempenho da atividade laboral. O proprietário da Fazenda Brasil Verde formava parte do Grupo Irmãos Quagliato, que possuía inúmeras fazendas na região e aproximadamente cento e trinta mil cabeças de gado. Após inúmeras visitas, as autoridades estatais, dentre elas a Polícia Federal, verificaram a existência de trabalho escravo na Fazenda, além de irregularidades nos direitos trabalhistas dos empregados e falhas estruturais na área da fazenda. Como se não bastassem tais violações, dois trabalhadores adolescentes desapareceram da Fazenda Brasil Verde e jamais foram encontrados. Foi constatado que a maioria dos trabalhadores rurais percorria um longo trajeto para chegar até a Fazenda Brasil Verde e recebiam quantias irrisórias como pagamento. O grupo de trabalhadores era formado majoritariamente por homens entre 15 e 40 anos de idade, afrodescendentes e pardos, oriundos dos estados mais pobres do país e, portanto, em situações que lhes proporcionavam exíguas possibilidades de trabalho.

No dia 12 de novembro de 1998, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) apresentaram o caso à CIDH. O Estado brasileiro não cumpriu as recomendações expedidas pela Comissão Interamericana, ensejando, então, a submissão da demanda à Corte IDH. Após o processamento do caso, a Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro pela violação dos direitos a não ser submetido à escravidão e à proteção judicial.

6.2. Pontos importantes

6.2.1. Primeira condenação do Brasil na jurisdição contenciosa da Corte Interamericana pela existência de trabalho escravo em seu território. O *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* representa o primeiro precedente e a primeira condenação do Brasil na jurisdição contenciosa da Corte IDH em caso envolvendo a temática do trabalho escravo. Recordemos que o Brasil já havia sido responsabilizado em matéria de proibição de trabalho escravo na CIDH (*Caso José Pereira*).

6.2.2. Reconhecimento da proibição do trabalho escravo como norma de *jus cogens* e obrigação *erga omnes*. Um dos pontos mais importantes da sentença proferida pela Corte IDH no julgamento do *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil* é o reconhecimento da proibição de trabalho escravo como norma de *jus cogens* (dotada de qualidade normativa superior) e também como obrigação *erga omnes* (todos os países possuem interesse no cumprimento da proibição do trabalho escravo), entendimento que consagra a proibição absoluta pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos da escravidão (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 249).

6.2.3. Primeira vez que a Corte Interamericana reconhece a existência de uma discriminação estrutural histórica. A Corte IDH utilizou no julgamento do *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil*, pela primeira vez, o critério da condição econômica como fator para

aferir a existência ou não de uma situação discriminatória. Assim, a Corte IDH constatou que todos os trabalhadores submetidos à prática de trabalho escravo não possuíam recursos financeiros suficientes para viver a sua vida de uma maneira digna. A Corte reconheceu que os trabalhadores resgatados da Fazenda Brasil Verde se encontravam em uma situação de servidão por dívida e de submissão a trabalhos forçados e que existiam fatores que potencializavam sua vulnerabilidade. A partir desse contexto, conforme afirmou o juiz Mac-Gregor em seu voto, “O caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil constitui a primeira vez na qual o Tribunal Interamericano reconhece a existência de uma discriminação estrutural histórica, em razão do contexto no qual ocorreram as violações de direitos humanos das 85 vítimas. Nesse sentido, também constitui o primeiro caso no qual a Corte IDH expressamente determina a responsabilidade internacional contra um Estado por perpetuar esta situação estrutural histórica de exclusão” (§ 83).

Portanto, o reconhecimento da discriminação estrutural histórica em razão da prática de trabalho escravo é de suma importância, afinal, não eram quaisquer pessoas que eram alvo de captação pelos proprietários da Fazenda Brasil Verde, mas sim pessoas com um perfil específico, no qual a pobreza em que viviam era um fator crucial de vulnerabilidade. Desse modo, a Corte IDH considerou que “(...) o Estado incorre em responsabilidade internacional nos casos em que, existindo discriminação estrutural, não adota medidas específicas com respeito à situação particular de vitimização na qual se concretiza a vulnerabilidade sobre um círculo de pessoas individualizadas. A própria vitimização destas pessoas demonstra a sua particular vulnerabilidade, o que demanda uma ação de proteção também particular, em relação à qual houve omissão no caso” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 338).

6.2.4. Fixação dos elementos para o conceito de escravidão. Também neste precedente, a Corte Interamericana refutou o conceito clássico e arcaico de escravidão, observando que o conceito de escravidão evoluiu e não se limita à propriedade sobre a pessoa. Desse modo, a Corte IDH fixou dois elementos que devem estar necessariamente presentes para definir uma situação como escravidão, sendo eles: “i) o estado ou condição de um indivíduo e ii) o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada ao ponto de anular a personalidade da vítima. As características de cada um destes elementos são entendidas de acordo com os critérios ou fatores identificados a seguir” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 269).

Quanto ao primeiro elemento, a Corte IDH consignou que o estado ou condição “se refere tanto à situação de jure como de facto, isto é, não é essencial a existência de um documento formal ou de uma norma jurídica para a caracterização desse fenômeno, como no caso da escravidão chattel ou tradicional” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 270). Logo, para se aferir ou não uma situação de escravidão, vigora o *princípio da primazia da realidade*²⁷⁸, não sendo necessária a presença de elementos formais para que reste configurada uma situação de escravidão.

²⁷⁸ “O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídicas trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica” (BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 156).

Acerca do segundo elemento, este deve ser compreendido à luz do fenômeno da escravidão contemporânea, também chamada de *neoescravidão*, na qual um indivíduo possui uma verdadeira “posse” sobre a vítima do delito de escravidão, restringindo não só a sua liberdade de locomoção, mas também a própria autonomia da pessoa escravizada. Foi o que decidiu a Corte IDH: “O chamado ‘exercício de atributos da propriedade’ deve ser entendido nos dias atuais como o controle exercido sobre uma pessoa que lhe restrinja ou prive significativamente de sua liberdade individual, com intenção de exploração mediante o uso, a gestão, o benefício, a transferência ou o despojamento de uma pessoa. Em geral, este exercício se apoiará e será obtido através de meios tais como a violência, fraude e/ou a coação” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 271). Assim, também aliado a esses fatores, a Corte Interamericana identificou que as vítimas estavam em uma situação de vulnerabilidade, uma vez que pairava sobre elas uma situação de pobreza extrema, o que facilitou para que aceitassem as condições que lhes foram impostas pelos proprietários da Fazenda Brasil Verde²⁷⁹.

6.2.5. A imprescritibilidade do crime de escravidão cometido no contexto de violação de direitos humanos. No julgamento do *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil*, a Corte IDH se manifestou no sentido de que a prescrição “(...) é incompatível com a obrigação do Estado brasileiro de adaptar sua normativa interna de acordo aos padrões internacionais” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 413) e que a perda do *jus puniendi* do Estado em razão do decurso do lapso temporal não pode ser invocada diante de normas de *jus cogens*, como, por exemplo, o próprio delito de escravidão. Assim, a Corte IDH concluiu que “(...) a aplicação da figura da prescrição no presente caso representou uma violação ao artigo 2 da Convenção Americana, pois foi um elemento decisivo para manter a impunidade dos fatos constatados em 1997” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 454). Além de reconhecer a existência dos crimes de tráfico de pessoas e trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde, a Corte Interamericana reconheceu a imprescritibilidade da escravidão contemporânea, que, no Brasil, corresponde ao crime de redução a condição análoga à de escravo, conduta tipificada no art. 149 do Código Penal, cuja pena do tipo básico é de 2 a 8 anos de reclusão, e multa. No entanto, isso não significa que o art. 149 do Código Penal passou a ser um crime imprescritível no ordenamento jurídico interno, uma vez que a sentença da Corte IDH se limitou a estabelecer que formas de escravidão contemporânea ou delitos análogos (tráfico de pessoas, servidão e trabalho forçado), no contexto de grave violação a direitos humanos, são crimes de direito internacional e, por tal razão, abrangidos pelo manto da imprescritibilidade, uma vez que integram o domínio do *jus cogens*. Nesse sentido, concluiu a Corte IDH: “A Corte considera que a alegada amplitude do tipo penal previsto no artigo 149 do Código Penal brasileiro não modifica a conclusão anterior como pretende o Estado (pars. 307 a 314 supra).

²⁷⁹ Acerca das formas de escravidão contemporânea, tema popularmente chamado de neoescravidão, vislumbramos a existência de dois níveis do fenômeno em estudo, a *soft-slavery* e a *hard-slavery*. Enquanto na primeira situação a vítima concorda com a situação em que é reduzida à condição análoga de escravo, na última, não há essa concordância por parte da vítima, que acaba submetida ao regime de trabalho escravo de forma compulsória. No entanto, cumpre observar que ambas as formas de trabalho escravo violam a proteção internacional dos direitos humanos, uma vez que o consentimento da vítima não possui o condão de conferir validade e legalidade ao crime de plágio, visto que os direitos humanos são caracterizados por sua irrenunciabilidade e sua indisponibilidade.

Neste caso, a Corte não declara imprescritível, de maneira geral, um delito previsto no ordenamento jurídico brasileiro (o citado artigo 149), mas unicamente as condutas que constituam escravidão ou uma de suas formas análogas, em conformidade com o disposto nesta sentença. A decisão da Corte possui, obviamente, o efeito de declarar que a escravidão e suas formas análogas são imprescritíveis, independentemente de estas corresponderem a um ou mais tipos penais de acordo com o ordenamento interno brasileiro. Portanto, cabe a este Tribunal ordenar ao Estado que, dentro de um prazo razoável a partir da notificação da presente sentença, adote as medidas legislativas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada à redução de pessoas à escravidão e a suas formas análogas, no sentido disposto nos parágrafos 269 a 314 da presente Sentença” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 455). Desse modo, no julgamento do *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil*, a Corte IDH também se dirige ao Poder Legislativo, uma vez que exarou um mandado internacional implícito de ajustamento²⁸⁰ para que o Estado brasileiro torne imprescritível os crimes de escravidão, servidão, trabalho forçado e o tráfico de pessoas quando cometidos num grave contexto de crimes contra a humanidade.

6.2.6. Alcance do art. 6.1 da CADH e aplicação do princípio *pro personae*. Muito se discutiu sobre o alcance do art. 6.1 da CADH, que dispõe que “Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas”. Nesse sentido, a Corte Interamericana decidiu que deve ser dada uma interpretação ampla à expressão “tráfico de escravos e tráfico de mulheres” prevista no art. 6.1 da CADH, para abranger toda e qualquer pessoa. Assim, a Corte IDH entendeu que “(...) a Corte não poderia limitar a proteção conferida por esse artigo unicamente às mulheres ou aos chamados ‘escravos’, sob a ótica da interpretação mais favorável ao ser humano e do princípio *pro personae*” (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 289).

6.3. Conexões com o Direito brasileiro

6.3.1. Lista das empresas envolvidas com a prática do trabalho escravo. Após uma longa discussão no âmbito do Poder Judiciário, no dia 30 de maio de 2016, a min. Carmen Lúcia, do STF, cassou a liminar que impedia a divulgação pelo Ministério do Trabalho da relação de empregadores flagrados ao submeter trabalhadores a condições análogas à de escravo, atestando a viabilidade da divulgação dos nomes das empresas “suja” com a prática de trabalho escravo²⁸¹. Atualmente, o tema é regulado pela Portaria Interminis-

²⁸⁰ Os mandados internacionais podem ser classificados em *mandados internacionais de criminalização e mandados internacionais de ajustamento*. Nos *mandados internacionais de criminalização*, os tratados internacionais, de forma explícita, ou as decisões dos tribunais internacionais, de forma implícita, emitem um comando para que os Estados criminalizem determinada conduta em seu ordenamento jurídico interno. Já os *mandados internacionais de ajustamento* são aqueles nos quais há uma ordem para que determinado Estado ajuste a sua legislação interna ao arcabouço normativo internacional.

²⁸¹ Trata-se de decisão proferida na ADI 5.209. A referida ADI perdeu o objeto com a revogação da Portaria Interministerial do MTE que regulamentava o tema. No entanto, o Ministério do Trabalho publicou uma nova Portaria Interministerial (nº 4, de 2016) que, embora tenha reproduzido o núcleo essencial da do ano anterior, também acrescentou a possibilidade de celebração de termo de ajuste de conduta ou acordo judicial para reparação do dano causado pelo administrado alvo da fiscalização.

terial nº 4, de 2016, e possui a chancela do STF.

6.3.2. Expropriação de terras do proprietário envolvido com a prática de trabalho escravo. Na esteira do combate ao trabalho escravo, lembramos que recentemente o Brasil deu mais um passo para combater as formas contemporâneas de trabalho escravo. Isso ocorreu com a promulgação da Emenda Constitucional 81, de 2014, que acrescentou ao art. 243 da Constituição Federal uma nova hipótese de expropriação de terras, qual seja, a perda da propriedade onde se constatar a situação de trabalho escravo.

6.3.3. Competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de plágio. Após um longo debate, os tribunais superiores consolidaram o entendimento no sentido de que o crime previsto no art. 149 do Código Penal Brasileiro (redução à condição análoga de escravo) deve ser processado e julgado na Justiça Federal. Um dos argumentos para se atribuir essa competência à Justiça Federal é justamente a violação dos direitos humanos das vítimas envolvidas no crime de redução à condição análoga à de escravo. Logo, é louvável que os tribunais superiores levem em consideração o conceito de grave violação de direitos humanos para a fixação da justiça competente para processar e julgar o crime previsto no art. 149 do Código Penal.

6.3.4. Efeito encantatório dos direitos humanos. A situação vivenciada pelas vítimas do *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil* é mais uma manifestação prática da crítica doutrinária conhecida como “efeito encantatório dos direitos humanos”, tendo em vista que, embora os direitos das vítimas estivessem todos previstos em tratados internacionais de direitos humanos e na legislação interna, eles não foram observados durante anos, talvez em razão da classe social das vítimas, o que acabou ocasionando múltiplas violações de direitos humanos. Assim, em que pese a profusão de convenções e tratados internacionais de direitos humanos possua inegável caráter emancipatório e libertário (*encantando a todos*), ainda há, principalmente no que toca às classes marginalizadas da população, uma inefetividade das normas de direitos humanos sob o aspecto preventivo (ou pré-violatório), o que acaba por “desencantar” o discurso utópico previsto na teoria. Por isso, é possível afirmar, parafraseando Bobbio, que as classes marginalizadas da população vivem uma verdadeira “*era do desrespeito dos direitos*”, já que as normas internacionais de direitos humanos muitas vezes não possuem qualquer efetividade perante os menos favorecidos, servindo apenas como mero instrumento ideológico para a manutenção do *status quo*. Em síntese, os direitos humanos encantam na teoria, com seu conteúdo emancipatório e libertário, mas na prática não chegam aos menos favorecidos de forma preventiva, restando ao Direito apenas a dimensão repressiva, ou seja, atuar na reparação de violações de direitos humanos já ocorridas²⁸². Desse modo, como forma de combater o efeito

²⁸² Sobre o efeito encantatório dos direitos humanos, David Sánchez Rubio definiu as dimensões dos encantos e desencantos dos direitos humanos: “A dimensão encantadora se une com o potencial emancipador e o horizonte de esperança que possibilita a existência de condições de autoestima, responsabilidade e autonomia diferenciadas e plurais. A dimensão que desencanta pode aparecer no instante em que os Direitos Humanos se fixam sobre discursos e teorias, instituições e sistemas estruturais que sociocultural e sociomaterialmente não permitem que estes sejam factíveis e nem possíveis devido às assimetrias e hierarquias desiguais sobre as quais se mantêm. Além disso, através de diversos mecanismos de ocultação, pode se construir um imaginário aparentemente emancipador, e, por isso, com um encanto sedutor, falsamente universal” (RUBIO, David Sánchez. *Encantos e desencantos dos direitos humanos*: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria

encantatório dos direitos humanos e para que o Estado brasileiro passe a atuar com maior incidência na seara preventiva e pré-violatória de direitos humanos, deve-se desenvolver atos e programas de *compliance* em direitos humanos, para que seja fomentada dentro do próprio Estado brasileiro uma cultura preventiva em relação ao resguardo dos direitos humanos de todos os indivíduos que estejam em território nacional.

7. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil

Sentença de 16.02.2017	<i>Exceções preliminares, mérito, reparações e custas</i>
Sentença de 05.02.2017	<i>Interpretação da sentença</i>

7.1. Resumo do caso

O caso se refere às falhas e à demora na investigação e punição dos responsáveis pelas execuções extrajudiciais de 26 pessoas no contexto de duas incursões policiais efetuadas pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro em 18.10.1994 e 08.05.1995 na Favela Nova Brasília. As mortes foram justificadas pelas autoridades policiais mediante a lavratura de “autos de resistência à prisão”. Alega-se ainda que, no contexto da incursão policial de 18.10.1994, três mulheres, sendo duas delas menores de idade, foram vítimas de tortura e atos de violência sexual por parte de agentes policiais. Finalmente, alega-se que a investigação dos fatos mencionados teria sido conduzida com o objetivo de estigmatizar e revitimizar as pessoas falecidas, pois teria sido focada na culpabilidade delas e não na verificação da legitimidade do uso da força.

Em audiência pública realizada na Corte, o Brasil reconheceu que seus agentes policiais foram responsáveis pelos 26 homicídios e pelos 3 crimes de violência sexual contra as mulheres vítimas. No entanto, o Estado brasileiro insistiu na preliminar de incompetência *rationi temporis* da Corte Interamericana, pois os fatos ocorreram entre os anos 1994 e 1995, enquanto que a aceitação da competência contenciosa se deu em 1998.

Após o processamento do caso, a Corte Interamericana reconheceu parcialmente a procedência da preliminar de incompetência *ratione temporis*, admitindo que não pode apreciar os fatos ocorridos antes de 1998, o que não impede, porém, de conhecer e julgar o caso no que diz respeito às falhas do Estado para processar e punir as violações de direitos humanos causadas pelos policiais.

E assim, a Corte entendeu por condenar o Estado brasileiro. Dos pontos resolutivos da sentença, ressaltamos os seguintes:

1. O Estado é responsável pela violação do direito às garantias judiciais de independência e imparcialidade da investigação, devida diligência e prazo razoável, estabelecidas no art. 8.1 da CADH em relação ao art. 1.1 do mesmo instrumento.
2. O Estado é responsável pela violação do direito à proteção judicial, previsto no art. 25 da CADH em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento.

3. O Estado é responsável pela violação dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais, previstos nos artigos 25 e 8.1 da CADH em relação com o art. 1.1 do mesmo instrumento, e artigos 1º, 6º e 8º, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, assim como o art. 7º da Convenção de Belém do Pará.
4. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, previsto no art. 5.1 da CADH em relação ao art. 1.1 do mesmo instrumento.
5. O Estado não violou o direito de circulação e de residência, previsto no art. 22.1 da CADH.

Finalmente, a Corte Interamericana fixou as seguintes medidas de reparação:

1. O Estado deve conduzir de forma eficaz a investigação em curso sobre os fatos relacionados com as mortes ocorridas na incursão de 1994, com a devida diligência e em prazo razoável para identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis. A respeito das mortes ocorridas na incursão de 1995, o Estado deve iniciar ou reativar uma investigação eficaz sobre os fatos. Além disso, o Estado, através do Procurador-Geral da República, deve analisar se os fatos referentes às incursões de 1994 e 1995 devem ser objeto de solicitação de incidente de deslocamento de competência.
2. O Estado deve iniciar uma investigação eficaz a respeito dos fatos relacionados à violência sexual.
3. O Estado deve oferecer gratuitamente, através de suas instituições de saúde especializadas e de forma imediata, adequada e efetiva, o tratamento psicológico e psiquiátrico que as vítimas necessitem e pelo tempo que seja necessário, inclusive o fornecimento gratuito de medicamentos.
4. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos objeto do presente caso e sua posterior investigação, e durante esse ato público deverão ser inauguradas duas placas em memória das vítimas na praça principal da Favela Nova Brasília.
5. O Estado, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da presente sentença, deve estabelecer os mecanismos normativos necessários para que em suspeitas de mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que *prima facie* apareça como possível imputado um agente policial, desde a *notitia criminis* se encarregue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, tais como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao corpo de segurança ao qual pertença o possível acusado ou acusados.
6. O Estado deve adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial.
7. O Estado deve implementar, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atenção a vítimas de violência sexual, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro e a funcionários de atenção de saúde. Como parte desta formação, deve-se incluir a presente sentença, a jurisprudência da Corte Interamericana sobre

violência sexual e tortura, assim como os parâmetros internacionais em matéria de atenção a vítimas e investigação desse tipo de casos.

8. O Estado deve adotar as medidas legislativas ou de outra índole necessárias para permitir às vítimas de delitos ou seus familiares a participarem, de maneira formal e efetiva, na investigação realizada pela polícia ou pelo Ministério Público.
9. O Estado deve adotar as medidas necessárias para uniformizar a expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” nos documentos e investigações realizadas pela polícia ou pelo Ministério Público em casos de mortes ou lesões provocadas pela atuação policial. O conceito de “oposição” ou “resistência” à atuação policial deve ser abolido.

7.2. Pontos importantes

7.2.1. Atuação como *amicus curiae* da Defensoria Pública da União e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Consideramos importante destacar a participação das Defensorias Públicas da União e do Estado de São Paulo como *amici curiae* no *Caso Favela Nova Brasília*, contribuindo para que o processo decisório da Corte Interamericana levasse em consideração o contexto geral da violência policial no país. A DPU ressaltou em seus memoriais os alarmantes níveis de violência policial contra a população pobre e afrodescendente no Brasil, enquanto que a DPE/SP submeteu à Corte elementos que demonstram a existência de um padrão de violência de direitos humanos por parte do Estado brasileiro, especialmente através da violência policial e do uso excessivo da força²⁸³.

7.2.2. Repúdio aos denominados “autos de resistência à prisão”. A Corte Interamericana ressaltou que as investigações a respeito dos crimes praticados no contexto das incursões na Favela Nova Brasília começaram com a lavratura dos “autos de resistência à prisão”. Assim, ainda que os “autos de resistência à prisão” tenham ocorrido antes de 1998 – data em que o Brasil depositou o instrumento de ratificação da CADH –, estando fora, portanto, da competência temporal da Corte, o efeito que eles produziram impactou toda a investigação, com consequências, segundo a Corte, que subsistiram ao longo do tempo e que foram determinantes para a falta da devida diligência nas investigações.

Ao se pronunciar sobre esse tema, a Corte se valeu da manifestação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo como *amicus curiae*, fazendo constar em sua decisão a informação de que:

“(…) no Brasil, tornou-se uma prática comum que os informes sobre mortes ocasionadas pela polícia sejam registrados como ‘resistência seguida de morte’, e que no Rio de Janeiro se usa a expressão ‘autos de resistência’ para se referir ao mesmo fato. De acordo com a Defensoria Pública, esse é o cenário ideal para os agentes que pretendem dar um aspecto de legalidade às execuções sumárias que praticam” (§ 193).

²⁸³ Sobre o tema, cf. MENEZES, Rafael de Sá. *O Caso Favela Nova Brasília: rumo ao controle e à auditabilidade do uso excessivo da força policial?*. In: Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 6, p. 92-105, set 2017.

Conforme observou a Corte Interamericana, mediante a prática dos “autos de resistência à prisão”, o Estado brasileiro começou a investigação dos fatos com a presunção de que os agentes policiais se encontravam no cumprimento da lei e que as mortes teriam resultado dos enfrentamentos que haviam ocorrido durante as incursões. Com isso, a Corte advertiu que:

“(…) as linhas de investigação estiveram dirigidas a determinar a responsabilidade das pessoas que haviam sido executadas, concentrando-se em determinar se possuíam antecedentes penais ou se teriam agredido ou atentando contra a vida dos policiais, o que coincide com o contexto no qual ocorreram os fatos e a impunidade nesse tipo de casos” (§ 195).

Para a Corte Interamericana, a expressão “autos de resistência” deve ser abolida, pois ela provoca uma revitimização contra as pessoas executadas e seus familiares, contribuindo para que as circunstâncias das mortes – ou da violência em geral – não sejam esclarecidas (§ 196). A Corte observou que o Brasil já adotou disposições normativas internas para abolir a expressão “autos de resistência”, como é o caso da Resolução nº 8/2012 do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (órgão vinculado à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República), que dispõe sobre a abolição de designações genéricas, como “autos de resistência” “resistência seguida de morte” em registros policiais, boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de crime. Sobre o caso específico do Estado do Rio de Janeiro, a Corte Interamericana fez a seguinte observação:

“(…) a Corte toma nota da Instrução nº 617/2013 da Polícia Civil do Rio de Janeiro que determina que a expressão técnica para os referidos registros deve ser ‘lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial’ e a considera apropriada e em conformidade com o estabelecido no Programa Nacional de Direitos Humanos. Nesse sentido, a Corte ordena que o Estado adote as medidas necessárias para uniformizar a referida expressão nos relatórios e investigações realizadas pela polícia ou pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em casos de mortes ou lesões provocadas pela atuação policial. O conceito de ‘oposição’ ou ‘resistência’ à atuação policial deve ser abolido” (§ 335)²⁸⁴.

7.2.3. Incompetência da Polícia Civil para investigar crimes praticados por seus agentes.

A Corte Interamericana observou que a instituição incumbida pela condução das investigações era a mesma responsável pelas incursões na Favela Nova Brasília, ou seja, a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, que não dispunha de objetividade e idoneidade institucional necessárias para assegurar uma investigação independente e imparcial. Diante disso, a Corte ressaltou que:

²⁸⁴ Sobre o tema, cf. TSUKAMOTO, Natalia Megumi. *Arquivamento de “autos de resistência” como hipótese de acionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: IBCCrim, Revista Liberdades, ed. 22, maio/agosto 2016.

“(…) É inadmissível que os mesmos policiais estejam a cargo de uma investigação contra eles mesmos ou seus companheiros de delegacia ou departamento.

“(…) A falta de independência concreta dos investigadores é evidente a partir da análise de sua relação direta com os homicidas, suas atuações tendenciosas, parciais e a excessivamente morosas. A polícia civil foi incapaz de realizar as mínimas diligências para estabelecer a verdade sobre o ocorrido e instruir o processo penal contra os homicidas” (§§ 205 e 206).

A respeito desse assunto, a Corte Interamericana fez menção à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre circunstâncias que colocam em risco a independência dos investigadores no caso de morte decorrente de intervenção estatal, sendo elas as seguintes: a) os policiais investigadores são os mesmos policiais potencialmente suspeitos; b) são colegas dos acusados; c) têm uma relação hierárquica com os acusados; d) a conduta dos órgãos investigadores indica uma falta de independência, como a falha em adotar determinadas medidas fundamentais para esclarecer o caso e, quando necessário, punir os responsáveis; e) um valor excessivo conferido à versão dos acusados; f) a omissão em explorar determinadas linhas de investigação que eram claramente necessárias; ou g) inércia excessiva (§ 188).

A Corte ainda advertiu para a ineficiência dos órgãos de controle externo da atividade policial, criticando a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, que procederam, juntos, com a homologação do arquivamento da investigação sem verificar a completa falta de diligência e de independência dos investigadores, contribuindo de forma decisiva, portanto, para a impunidade dos fatos e para a falta de proteção judicial dos familiares das pessoas assassinadas (§ 209).

Se a Polícia Civil não pode investigar seus agentes quando suspeitos da prática de crimes – sobretudo crimes que causam graves violações de direitos humanos, como a execução extrajudicial –, qual seria a instituição competente para assumir essa responsabilidade? Para a Corte Interamericana, tratando-se de morte produzida por uma intervenção policial, para que a investigação se desenvolva de forma imparcial, a autoridade investigativa deve ter total independência em relação aos supostos autores do crime, o que pode ser encontrado na autoridade judicial ou no Ministério Público, assistidos por pessoal policial, técnico e administrativo alheio ao corpo de segurança do qual pertença o possível culpado (§ 216). Sobre o tema, a Corte ainda avança para advertir que o controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público, nos casos de crimes praticados no contexto de incursões policiais, seja mais efetivo e não se limite a supervisionar à distância as investigações realizadas por delegados da própria polícia (§ 319).

7.2.4. Participação da vítima na investigação. A Corte Interamericana observou, a partir de testemunhos prestados por peritos, que a vítima assume, no processo penal brasileiro uma posição secundária, sendo tratada como mera testemunha, não tendo acesso à investigação. Para a Corte, a falta de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro impede que as vítimas ou seus familiares participem ativamente da fase de investigação – recebendo informações, apresentando provas, formulando alegações etc. –, eis que limita essa participação à fase judicial, o que constitui uma violação da garantia da proteção judicial prevista no art. 25.1 da CADH (§ 238). Diante desse contexto, a Corte Interame-

ricana impôs ao Brasil a seguinte medida reparatória de natureza legislativa:

“No que concerne à criação de um mecanismo de participação de vítimas e organizações da sociedade civil em investigações sobre crimes derivados de violência policial, a Corte toma nota de que o Estado conta com normas que asseguram a participação de um assistente de acusação em ações penais públicas. Sem prejuízo disso, não proporciona nenhum marco legislativo que garanta a participação das partes na fase de investigação por parte da polícia ou do Ministério Público. Assim, em atenção à sua jurisprudência sobre a participação das vítimas em todas as fases de investigação e processo penal, a Corte determina que o Estado adote as medidas legislativas ou de outra índole, necessárias para permitir às vítimas de delitos ou seus familiares participarem de maneira formal e efetiva na investigação de crimes realizados pela polícia ou pelo Ministério Público (...)” (§ 329).

A partir desse contexto, conclui-se que o art. 268 do CPP (“Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31”), por limitar a participação da vítima somente à fase processual – impedindo, portanto, sua participação na fase investigativa –, se revela inconvenção.

7.2.5. Parâmetros relativos à devida diligência e prazo razoável em casos de violência sexual. A Corte Interamericana reiterou no julgamento do *Caso Favela Nova Brasília* a sua jurisprudência sobre os parâmetros relativos à devida diligência e prazo razoável em casos de violência sexual contra a mulher. A Corte iniciou observando que os Estados devem adotar medidas integrais para prevenir os fatores de risco da violência sexual contra a mulher e para fortalecer as instituições para que possam proporcionar uma resposta efetiva às denúncias. Na sequência, a Corte esclareceu que a violência sexual deve ser compreendida de forma ampla, não exigindo necessariamente a penetração e nem mesmo algum contato físico com a vítima (§§ 246 e 247). A Corte Interamericana também fez questão de destacar que a violência sexual é uma espécie particular de agressão que, em regra, se caracteriza pela clandestinidade, isto é, por ser praticada na ausência de outras pessoas além da vítima e do agressor. Assim, entende a Corte que “(...) considerada a natureza desta forma de violência não se pode esperar a existência de provas fotográficas ou documentais e, por isso, a declaração da vítima constitui uma prova fundamental sobre o fato (§ 248). Sobre esse ponto, a Corte Interamericana considerou necessário ressaltar que a ausência de sinais físicos da violência também não elimina a hipótese de esta ter ocorrido, pois esse tipo de violência nem sempre deixa marcas ou cicatrizes permanentes (§ 249). Finalmente, a Corte indicou os parâmetros que os Estados devem observar nos casos de violência sexual contra a mulher:

“(…) Entre outros, numa investigação penal por violência sexual é necessário que: i) a declaração da vítima se realize num ambiente cômodo e seguro, que lhe ofereça privacidade e confiança; ii) a declaração da vítima deve ser registrada de forma tal que se evite ou se limite a necessidade de sua repetição; iii) seja oferecida atenção médica, sanitária e psicológica à vítima, tanto de emergência como de forma continuada se assim for necessário, me-

diante um protocolo de atenção cujo objetivo seja reduzir as consequências da violação; iv) se realize imediatamente um exame médico e psicológico completo e detalhado por pessoal idôneo e capacitado, se possível do mesmo sexo que a vítima, oferecendo-lhe que seja acompanhada por alguém de sua confiança se assim desejar; v) se documentem e coordenem os atos investigativos e seja manejada diligentemente a prova, guardando amostras suficientes, realizando estudos para determinar a possível autoria do fato, assegurando outras provas como a roupa da vítima, investigando de forma imediata o lugar dos fatos e garantindo a correta cadeia de custódia; e vi) se ofereça acesso à assistência jurídica gratuita à vítima durante todas as etapas do processo. Além disso, em casos de supostos atos de violência contra a mulher, a investigação penal deve incluir uma perspectiva de gênero e ser realizada por funcionários capacitados em casos similares e em atenção a vítimas de discriminação e violência por razão de gênero” (§ 254).

7.2.6. Determinação para que o Estado avalie a necessidade de federalizar o processo e julgamento dos crimes. Como decorrência da imposição ao Estado brasileiro do dever investigar e, se for o caso, punir os responsáveis, e considerando, ainda, que as autoridades estaduais – Polícia Civil, Ministério Público e Poder Judiciário – não atuaram de forma diligente, a Corte Interamericana, em interessante diálogo com o direito interno, determinou que o Procurador-Geral da República analise se os fatos referentes às incursões de 1994 e 1995 devem ser objeto de solicitação de incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (§ 292). Em cumprimento à decisão da Corte Interamericana, a Procuradora-Geral da República Raquel Dodge instaurou, em 20.10.2017, um procedimento preparatório com o objetivo de analisar eventual pedido de federalização dos processos criminais relacionados às chacinas ocorridas em 1994 e 1995 na comunidade Favela Nova Brasília²⁸⁵. Recentemente, em 09.09.2019, a – então – PGR Dodge enviou ao STJ o pedido de federalização de processos da chacina na comunidade Nova Brasília²⁸⁶.

7.2.7. Proibição de o Estado invocar qualquer obstáculo processual para não cumprir a obrigação de investigar e punir os responsáveis. A Corte Interamericana determinou que “por tratar-se de prováveis execuções extrajudiciais e atos de tortura, o Estado deve abster-se de recorrer a qualquer obstáculo processual para não cumprir com essa obrigação” (§ 292.b). Em agosto de 2017, os representantes das vítimas submeteram à Corte uma solicitação de interpretação da sentença de mérito, indagando se a excludente de aplicação dos obstáculos processuais – como a prescrição, por exemplo – se refere aos fatos de violência sexual ou somente aos atos de violência policial e execuções extrajudiciais. A Corte Interamericana emitiu sentença de interpretação em 05.02.2018, ocasião em que fez as seguintes observações:

“(…) i) não são admissíveis nenhum tipo de obstáculos processuais que

²⁸⁵ Cf. Portaria nº 11/2017/SDHDC/GABPGR, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Portarian1117SDHDCautuaoPPIDCNOVABRASLIAvf.pdf>. Acessado no dia 07.01.2019.

²⁸⁶ Noticiado em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-envia-ao-stj-pedido-de-federalizacao-dos-processos-da-chacina-na-comunidade-nova-brasilia>. Acesso no dia 23.09.2019. Íntegra da peça: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/InicialdeIDCFavelaNovaBrasilia.pdf>

impeçam a investigação de graves violações de direitos humanos; ii) os crimes de violação sexual podem ser considerados como uma forma de tortura; e iii) os fatos de violência sexual no presente caso foram cometidos por agentes do Estado contra pessoas que estavam sob sua custódia e num contexto de execuções extrajudiciais e torturas, o que foi considerado como de extrema gravidade por este Tribunal. Assim, esta Corte esclarece o motivo pelo qual decidiu pela impossibilidade de aplicação dos obstáculos processuais a atos de violência e execução extrajudicial e que tal decisão também se estende aos fatos de violência sexual, aplicando-se a exclusão da prescrição da ação penal para os crimes cometidos no presente caso" (§ 29).

7.2.8. Competência da Corte Interamericana para decidir sobre violações de direitos humanos previstos na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. O Estado brasileiro arguiu como preliminar que a Corte Interamericana não têm competência para decidir sobre violações de direitos humanos assegurados pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPPT) e pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Sobre a primeira, o Brasil alegou que o art. 8º da CIPPT somente admite a submissão de casos à Corte Interamericana se o Estado houver expressamente aceito essa competência contenciosa relacionado ao tratado em discussão. E sobre a segunda, o Brasil alegou que o art. 12 da Convenção de Belém do Pará não outorga jurisdição contenciosa à Corte, autorizando apenas a Comissão Interamericana a analisar as denúncias de violações.

A Corte Interamericana não acolheu a preliminar arguida pelo Estado brasileiro e reiterou a sua jurisprudência no sentido de que:

"(...) ante ao argumento formulado por alguns Estados de que cada tratado interamericano requer uma declaração específica de outorga de competência à Corte, este Tribunal tem entendido que pode exercer sua competência contenciosa a respeito de instrumentos interamericanos distintos da Convenção Americana quando esses instrumentos estabeleçam um sistema de petições objeto de supervisão internacional no âmbito regional. Assim, a declaração especial de aceitação da competência contenciosa da Corte segundo a Convenção Americana (...) permite que o Tribunal conheça tanto de violações à Convenção como de outros instrumentos interamericanos que lhe outorguem competência" (§ 64).

E a Corte prossegue, explicando o seu posicionamento especificamente em relação às Convenções Interamericanas sobre tortura e violência contra a mulher:

"Embora o art. 8º da Convenção contra a Tortura não mencione explicitamente a Corte Interamericana, esse Tribunal tem se referido à sua própria competência para integrar e aplicar a mencionada Convenção com base num meio de interpretação complementar, como são os trabalhos preparatórios, ante a possível ambiguidade da disposição. Desse modo, em sua sentença no Caso Villagrán Morales e outros vs. Guatemala, o Tribunal

se referiu à razão histórica desse artigo, ressaltando que no momento de redigir a Convenção contra a Tortura existiam alguns países membros da Organização dos Estados Americanos que não eram parte na Convenção Americana, e indicou que com uma cláusula geral de competência, que não fizesse referência expressa e exclusiva à Corte Interamericana, abriria a possibilidade de que um número maior de Estados ratificassem ou aderissem à Convenção contra a Tortura. Ao aprovar a mencionada Convenção se considerou importante atribuir a competência para aplicar a Convenção contra a Tortura a um órgão internacional, que poderia ser a Comissão, um comitê ou um tribunal existente ou que fosse criado no futuro. Nesse sentido, a Comissão e, consequentemente, a Corte, têm competência para analisar e declarar violações a essa Convenção.

(...) 67. Por outro lado, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher em 16 de novembro de 1995, sem reservas ou limitações. O artigo 12 desse tratado indica a possibilidade da apresentação de 'petições' à Comissão, referidas como 'denúncias ou queixas de violação de seu artigo 7º', estabelecendo que 'a Comissão as considerará de acordo com as normas e os requisitos de procedimento para a apresentação e consideração de petições estipulados na Convenção Americana sobre Direitos humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão'. Como tem indicado reiteradamente a Corte em sua jurisprudência, parece claro que o teor literal do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará concede competência à Corte, ao não excepcionar nenhuma das normas e requisitos de procedimento para as comunicações individuais" (§ 65 e seguintes).

8. Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil

Sentença de 05.02.2018

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

8.1. Resumo do caso

Em abril de 2016, a CIDH denunciou à Corte IDH o caso das violações dos direitos dos indígenas brasileiros Xucuru pela demora na demarcação de suas terras. De acordo com a CIDH, o Brasil violou o direito à propriedade das comunidades indígenas, assim como o direito à integridade pessoal em prejuízo dos membros da comunidade indígena Xucuru e de seus membros. O caso se concentra na demora de mais de 16 anos, entre 1989 a 2005, para finalizar o procedimento de demarcação de terras indígenas da comunidade Xucuru, incluindo o processo administrativo de reconhecimento, titulação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais.

Em outubro de 2015, a CIDH concedeu ao Brasil um prazo de dois meses para informar sobre o avanço no cumprimento de recomendações, entre elas adotar as medidas necessárias para completar o saneamento e colocar um ponto final em processos judiciais contra líderes indígenas. O Brasil não ofereceu essas informações. O caso chegou até a jurisdição contenciosa da Corte IDH.

Na jurisdição da Corte, a CIDH alegou que o Estado brasileiro violou a CADH em

virtude do não reconhecimento como terra indígena do local habitado pela comunidade indígena Xucuru, bem como em razão da demora injustificada no processo administrativo e judicial de demarcação de terras indígenas. O Estado brasileiro aduziu que não violou nenhum dispositivo da CADH.

Ao analisar a demanda, a Corte condenou o Estado brasileiro de forma unânime por violação aos artigos 1º (dever de respeitar), 8º (garantias judiciais), 21 (direito à propriedade) e 25 (proteção judicial), todos da Convenção Americana, estabelecendo, assim, a morosidade do Estado brasileiro em reconhecer e demarcar as terras indígenas do Povo Xucuru.

8.2. Pontos importantes

8.2.1. Primeiro caso brasileiro sobre comunidades indígenas na jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O *Caso Xucuru* representa o primeiro precedente envolvendo comunidades indígenas brasileiras na jurisdição contenciosa da Corte IDH, em que pese o Brasil já tenha sido demandado na CIDH por violar direitos indígenas, conforme ocorreu no caso relativo à Usina de Belo Monte.

8.2.2. Esgotamento dos recursos internos e ônus de esclarecimento ao Estado demandado. O esgotamento dos recursos internos é um requisito de admissibilidade para o acesso à jurisdição contenciosa da Corte IDH. No *Caso Xucuru*, o Estado brasileiro alegou que os recursos internos ainda não haviam sido esgotados, porém não especificou quais seriam os recursos que ainda restavam pendente de esgotamento. Nesse sentido, a Corte IDH assentou que “O Estado deve especificar claramente os recursos que, a seu critério, ainda não foram esgotados, ante a necessidade de salvaguardar o princípio de igualdade processual entre as partes que deve reger todo procedimento no Sistema Interamericano. Como a Corte estabeleceu, de maneira reiterada, não é tarefa deste Tribunal, nem da Comissão, identificar *ex officio* os recursos internos pendentes de esgotamento, em razão do que não compete aos órgãos internacionais corrigir a falta de precisão dos alegações do Estado. Os argumentos que conferem conteúdo à exceção preliminar interposta pelo Estado perante a Comissão durante a etapa de admissibilidade devem corresponder àqueles expostos à Corte” (§ 45).

8.2.3. Interpretação extensiva do artigo 21 da CADH e reconhecimento da relação imemorial das comunidades indígenas e seus territórios. A Corte reconheceu que o art. 21 da Convenção Americana, que prevê o direito de propriedade privada, possui especial interpretação quando analisado em contexto envolvendo terras indígenas. Ainda nesse sentido, a Corte IDH também ressaltou a necessidade de se flexibilizar os conceitos clássicos de posse e propriedade em casos envolvendo terras indígenas, bem como apontou a necessidade de levar em consideração a imemorialidade e os antepassados do Povo Indígena Xucuru naquela ocasião, sinalizando a adoção pelo tribunal interamericano da teoria do indigenato. Assentou a Corte, portanto, que “(...) recorda que o artigo 21 da Convenção Americana protege o estreito vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras bem como com seus recursos naturais e com os elementos incorporais que neles se originam. Entre os povos indígenas e tribais existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de

que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. 106 Essas noções do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas a Corte estabeleceu que merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a afirmar que só existe uma forma de usar os bens, e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção desses coletivos por meio dessa disposição. Ao se desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, se poderia afetar outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e seus membros” (§ 115).

8.2.4. Corpus juris definidor das obrigações dos Estados em relação à proteção dos direitos de propriedade indígena. Também no *Caso Xucuru vs. Brasil*, a Corte IDH cristalizou entendimento no sentido de que o art. 21 da CADH deve ser interpretado à luz das normas da Convenção 169 da OIT, da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, “(...) bem como os direitos reconhecidos pelos Estados em suas leis internas ou em outros instrumentos e decisões internacionais, constituindo, desse modo, um corpus juris que define as obrigações dos Estados Partes na Convenção Americana, em relação à proteção dos direitos de propriedade indígena (§ 116). Assim, diplomas normativos internos como o Estatuto do Índio, Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação e Lei da Biodiversidade devem ser observados na interpretação do art. 21 da CADH, levando sempre em consideração a interpretação mais favorável ao indígena (*in dubio pro indígena*).

8.2.5. Previsão implícita do princípio da segurança jurídica na CADH. Ao analisar questões envolvendo o procedimento de demarcação de terras do Povo Xucuru, a Corte IDH reconheceu que o princípio da segurança está implicitamente previsto em todos os artigos da CADH. Segundo o tribunal interamericano, o princípio da segurança jurídica se materializa quando “exista confiança de que os direitos e liberdades fundamentais serão respeitados e garantidos a todas as pessoas sob a jurisdição de um Estado Parte na Convenção Americana. Isso, como se explicou, pode se dar por diversos meios, dependendo da situação concreta e do direito humano de que se trate” (§ 123).

8.2.6. Necessidade de levar em consideração as características pessoais da vítima para aferir eventual prática de tortura ou de outra violação à integridade pessoal. A Corte IDH salientou a importância de se analisar as características pessoais de uma suposta vítima de tortura ou outra violação à integridade pessoal como tratamento desumano ou degradante para determinar se houve ou não violação ao artigo 5º da CADH. Ainda segundo a Corte, as visões de mundo, experiências de vida e outros fatores endógenos e exógenos de cada indivíduo devem ser levados em consideração, afinal, “(...) essas características podem mudar a percepção da realidade do indivíduo e, por conseguinte, aumentar o sofrimento e o sentido de humilhação quando são submetidas a certos tratamentos. Nesse sentido, a Corte ressalta que o sofrimento é uma experiência própria de cada indivíduo e, nessa medida, dependerá de uma multiplicidade de fatores que tornam cada pessoa um ser único” (§ 171).

8.2.7. “Greening” e o sistema interamericano de direitos humanos. Embora a sentença

exarada pela Corte IDH vise tutelar os direitos civis das comunidades indígenas afetadas, o *Caso Xucuru* acabou por tutelar, ainda que de forma indireta ou “por ricochete”, interesses ambientais. Esse fenômeno de se proteger direitos de cunho ambiental nos sistemas regionais de direitos humanos, que foram concebidos em sua origem para receber denúncias ou queixas sobre violações de direitos civis e políticos, é denominado de “greening” ou “esverdeamento”²⁸⁷. Assim, é possível afirmar que no *Caso Xucuru* houve um verdadeiro “esverdeamento dos direitos civis e políticos” tutelados pelo tribunal interamericano.

8.3. Conexões com o Direito brasileiro

8.3.1. Regime jurídico das terras indígenas versus regime jurídico das terras quilombolas. Conforme dispõe o art. 20, XI, da Constituição Federal de 1988, as terras indígenas são bens da União, logo, as comunidades indígenas possuem apenas a posse de suas terras²⁸⁸. Diferentemente do tratamento conferido às comunidades indígenas, a Constituição Federal de 1988 conferiu aos remanescentes de quilombos a propriedade definitiva de suas terras, conforme artigo 68 do ADCT²⁸⁹. Ainda nessa linha, ressaltamos que a propriedade quilombola é um caso clássico de propriedade coletiva. Vejamos, por fim, no quadro a seguir, as diferenças entre os regramentos jurídicos conferidos pela CF/88 às terras das comunidades tradicionais:

Regramentos jurídicos conferidos pela CF/88 às terras das comunidades tradicionais	
Comunidades indígenas	Possuem apenas a posse ²⁹⁰ de suas terras, já que a propriedade das terras foi conferida à União (art. 20, XI c/c art. 231, § 2º, da CF).
Comunidades quilombolas	Possuem a propriedade de suas terras (art. 68 do ADCT)

Ainda sobre este ponto, cumpre ressaltar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o ato de demarcação é de natureza declaratória (Pet 3.388, *Caso Raposa Serra do Sol*).

8.3.2. Caso Raposa Serra do Sol: teoria do fato indígena versus teoria do indigenato.

²⁸⁷ TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *Greening no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2011.

²⁸⁸ Trata-se de uma posse *sui generis*, já que, ordinariamente, o Direito Civil brasileiro não admite a posse de bem público, mas apenas a detenção. Nesse sentido, ver STJ, REsp 932.971.

²⁸⁹ “Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivo”. Ainda nesse sentido, é o teor do 31 do Estatuto da Igualdade Racial.

²⁹⁰ É importante ressaltar que a CADH fala em propriedade indígena. Na mesma linha, é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No entanto, em âmbito interno, o correto é afirmar que as comunidades indígenas possuem apenas a posse de suas terras, já que a propriedade das terras indígenas foi conferida à União, conforme dispõe o art. 20, XI, da Constituição Federal de 1988.

Em relação ao tema “demarcação de terras indígenas”, há, basicamente, duas teorias que versam sobre o momento da titularidade das comunidades tradicionais sobre suas terras. Para a *teoria do indigenato*, a posse das terras indígenas pelas comunidades indígenas é imemorial. Os índios são donos da terra por tanto tempo que não é possível dizer em que momento determinada área passou a ser considerada uma terra indígena. O indigenato seria uma fonte primária e congênita da posse territorial, não se confundindo com a ocupação ou mera posse. É um direito congênito, enquanto que a ocupação é título adquirido. Logo, para a teoria do indigenato, as comunidades indígenas não dependeriam de qualquer legitimação para ocupar as áreas consideradas terras indígenas, já que a própria condição de indígena bastaria para legitimar a posse territorial. Há, inclusive, doutrina que classifica o indigenato como um direito fundamental dos povos indígenas. Portanto, a teoria em estudo não estabelece um marco temporal para considerar determinada área como terra indígena. Assim, a *teoria do indigenato* privilegia o passado e ancestralidade dos membros das comunidades indígenas para com as suas terras, bastando ser índio para ter direito à posse das terras. Embora boa parte da doutrina brasileira entenda que o art. 231, da Constituição Federal de 1988, expresse a *teoria do indigenato*, o Supremo Tribunal Federal não comunga deste entendimento, pois conforme será explicado nos comentários do próximo item, a corte constitucional brasileira adotou a *teoria do fato indígena* para regular a polêmica envolvendo a caracterização ou não de determinada área como terra indígena. Sobre o indigenato, afirma José Afonso da Silva que “Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato”²⁹¹. No entanto, ao analisar o *Caso Raposa Serra do Sol* (Pet 3.388), o STF estabeleceu um marco temporal para caracterizar determinada área como terra indígena. Segundo o tribunal constitucional brasileiro, serão consideradas terras indígenas as áreas que estavam ocupadas de forma permanente por comunidades indígenas no dia 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição de 1988. Criou-se, assim, um verdadeiro “fato indígena”, pois para o STF o direito dos indígenas começou com a Constituição de 1988, que dedicou a eles o Capítulo VIII.

8.3.3. (In)justiça de transição e comunidades indígenas brasileiras. A teoria adotada pelo STF no *Caso Raposa Serra do Sol*, qual seja, a teoria do fato indígena, é alvo de grandes críticas por parte da doutrina brasileira justamente amesquinhar os direitos dos povos indígenas, afinal, conforme já dito, para a teoria do fato indígena, apenas as comunidades indígenas que estivessem na posse de suas terras no dia do advento da Cons-

²⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 858. Neste sentido, também a lição de Luiz Fernando Villares: “Com a declaração de um direito e para efetivar a proteção da vida atual e das gerações futuras, a Constituição Federal de 1988 reconhece aos índios, em seu artigo 231, os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, prestigiando, assim, a tradição jurídica brasileira do instituto do indigenato. O direito indígena sobre suas terras é um direito dominial primário e congênito. Este direito é anterior e oponível a qualquer reconhecimento ou ocupação superveniente. A posse não se legitima pela titulação, mas pela efetiva ocupação indígena. Ademais, não seria respeitoso aos costumes indígenas subordiná-los às formalidades da legitimação jurídica do registro de terras” (VILARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 114).

tuição Federal de 1988 (salvo nos casos de renitente esbulho²⁹²) é que terão direito ao reconhecimento daquela propriedade como uma típica terra indígena. Assim, ao adotar a teoria do fato indígena, o Supremo fez pouco caso com décadas de invasões, abusos, usurpação e assassinatos praticados contra as comunidades indígenas e seus integrantes no período anterior a promulgação da Constituição de 1988. Logo, à luz do entendimento adotado pelo STF no caso Raposa Serra do Sol, seria melhor para as comunidades indígenas que a Constituição de 1988 jamais houvesse sido promulgada. Criou-se, assim, uma verdadeira (*in*)justiça de transição para as comunidades indígenas, uma vez que a promulgação da Constituição Federal de 1988 amesquinhou os direitos conquistados pelos membros das comunidades indígenas desde a primeira Constituição da República Federativa do Brasil. Para as comunidades indígenas, seria melhor que a Constituição Federal de 1988 jamais houvesse sido promulgada, afinal, a transição do período ditatorial para o regime democrático praticamente fulminou todos os direitos dessas comunidades para com as suas terras²⁹³.

8.3.4. A convocação de determinado indígena para prestar depoimento em local diverso de suas terras constrange a sua liberdade de locomoção. Ao analisar a legitimidade da intimação de um membro de uma determinada comunidade indígena para prestar depoimento em local diverso de suas terras, o STF entendeu que tal situação viola a liberdade de locomoção do indígena, já que a Constituição Federal de 1988 veda a remoção dos povos indígenas de suas terras, salvo nos casos constitucionalmente previstos (HC 80.240, rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário, j. 20.06.2001)²⁹⁴.

²⁹² Conforme os comentários dos tópicos 'a' e 'b', o STF considera terra indígena para fins do artigo 231 da Constituição Federal, aquelas áreas em que as comunidades indígenas estavam na posse no dia da promulgação da Constituição Federal de 1988 (05 de outubro de 1988). No entanto, se na época do advento da CF88, os índios não estavam na posse de determinada terra porque dela haviam sido expulsos em virtude de um conflito possessório, considera-se que as comunidades indígenas foram vítimas de um esbulho possessório, logo, essa área será considerada terra indígena para fins legais e constitucionais. Trata-se do que o STF convencionou chamar de renitente esbulho. Nesse sentido, ver: STF, ARE 803462 AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª Turma, j. 09.12.2014.

²⁹³ Sobre este ponto, explica Edilson Vitorrelli: “A solução do STF acarreta um paradoxo de difícil explicação. Todas as Constituições do Brasil, desde 1934, garantem aos índios a posse das terras por ele tradicionalmente ocupadas. É sabido que, apesar disso, os índios vêm sendo progressivamente expulsos de suas terras, inclusive com violência. Ao “congelar” a situação das terras indígenas em 1988, o Supremo Tribunal Federal legalizou, ou pelo menos considerou irrelevantes, décadas de invasões, abusos, usurpação e assassinatos praticados contra as comunidades e seus integrantes, como bem exemplifica o caso dos índios Xacriabá, em Minas Gerais, cujo cacique foi assassinado, no contexto de disputa de terras, em 12 de fevereiro de 1987. Aplicando o raciocínio do STF, seria melhor para os índios que a Constituição de 1988 não existisse. Neste caso, o “fato indígena” teria que se reportar à data da Constituição de 1967, quando a ocupação indígena era muito maior que em 1988. (...) O que esse raciocínio ao absurdo demonstra é que a teoria do “fato indígena” ignora a história constitucional brasileira, como se a garantia das terras indígenas tivesse surgido apenas em 1988” (VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 248-249).

²⁹⁴ Neste julgado, o STF utilizou a palavra “silvícola” para se referir ao membro da comunidade indígena. Ressaltamos que o uso deste termo não é aconselhável, já que se trata de termo discriminatório, além de reproduzir uma ideia de incapacidade dos membros das comunidades indígenas. Nessa mesma linha, não se deve utilizar os termos “tribo” ou “aldeia”. O Direito Internacional dos Direitos Humanos aboliu estes termos preconceituosos. O ideal é utilizar os termos: “comunidade indígena”, “povos indígenas” e “índio” ou “membro da comunidade indígena”, afinal, independentemente da

8.3.5. O cacique de determinada comunidade indígena não possui legitimidade para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo em nome de todos os integrantes da comunidade. Segundo o entendimento do STJ, o cacique de uma comunidade indígena não possui legitimidade para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo em nome de todos os integrantes da comunidade (AgRg no MS 13.248).

8.3.6. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação penal referente aos crimes de calúnia e difamação praticados no contexto de disputa pela posição de cacique em comunidade indígena. Em princípio, compete à Justiça Estadual processar e julgar crime envolvendo indígena (seja ele vítima ou autor). Neste sentido, é a Súmula 140 do STJ: “Compete a Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”. No entanto, o STJ entende que quando o crime contra a honra é praticado no contexto de disputa pela posição de cacique em comunidade indígena, a coletividade indígena tem interesse na questão, o que atrai, consequentemente, a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, IX, da CF/88 (CC 123.016, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Seção, j. 26.06.2013).

8.3.7. Inconvencionalidade da PEC 215/2000. A principal crítica proferida pelos defensores dos direitos dos povos indígenas ao projeto de emenda à Constituição que tramita no Senado Federal é a de que a PEC/215 visa transferir ao Congresso Nacional a decisão final sobre as demarcações de terras indígenas (atualmente, essa decisão é de competência do Executivo). Assim, se a PEC 215/2000 for aprovada pelo Congresso Nacional, uma minoria étnica, qual seja, os povos indígenas, passará a ter a fruição e o gozo de seus direitos fundamentais submetidos ao bel-prazer de uma maioria política, havendo uma forte tendência de asfixia dos direitos da minoria étnica²⁹⁵. Ainda neste sentido, em nenhum momento as comunidades indígenas foram consultadas sobre a matéria em trâmite, violando os tratados internacionais e a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do direito de consulta às comunidades tradicionais.

9. Caso Herzog e outros vs. Brasil

Sentença de 15.03.2018

Exceções preliminares, mérito, reparações e custas

9.1. Resumo do caso

No dia 24 de outubro de 1975, o jornalista Vladimir Herzog compareceu ao DOI/CODI de São Paulo para prestar declarações e, após ter sido arbitrariamente detido, foi

classe ou etnia, todas as pessoas devem ser tratadas com o mesmo respeito e com a mesma consideração.

²⁹⁵ Sobre esse ponto, é a lição de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto: “O enfrentamento do tema é importante, porque tramitam no Congresso diversos projetos de emenda constitucional que têm o objetivo de criar graves embaraços ao reconhecimento das terras indígenas, como é o caso da PEC 215, que visa transferir ao Congresso Nacional a decisão sobre as demarcações, tornando, com isso, a fruição dos direitos fundamentais de uma minoria étnica submetidas aos designios da maioria política” (SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 309).

executado. A morte de Herzog foi apresentada à família e à sociedade como um suicídio. A investigação realizada pelo Estado brasileiro por meio de Inquérito Militar concluiu pela ocorrência de suicídio. A família da vítima propôs, em 1976, uma ação civil declaratória na Justiça Federal que desconstituiu esta versão. Em 1992, o Ministério Público do Estado de São Paulo requisitou a abertura de inquérito policial para apurar as circunstâncias da morte de Vladimir Herzog, mas o Tribunal de Justiça do Estado bandeirante considerou que a Lei de Anistia era um óbice para a realização das investigações. Em 2008, com base em fatos novos, foi feita outra tentativa para iniciar o processo penal contra os responsáveis pelas violações cometidas. No entanto, o procedimento foi novamente arquivado, desta vez sob o argumento de que os crimes já estariam prescritos. Após o esgotamento dos recursos internos, o caso chegou até a CIDH.

No dia 22 de abril de 2016, após fracassar na tentativa de solucionar o caso, a Comissão o submeteu à Corte IDH.

Ao processar e julgar a demanda, a Corte IDH condenou, por unanimidade, o Estado brasileiro pela violação do art. 1º (dever de promoção e respeito aos direitos), art. 2º (dever de adotar disposições do ordenamento jurídico interno), art. 5º (integridade pessoal), art. 8º (garantias judiciais) e art. 25 (proteção judicial), todos da CADH. A Corte ainda condenou o Estado brasileiro pela violação dos artigos 1º, 6º e 8º, todos da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Vejamos os seguintes pontos resolutivos da sentença:

“[A Corte] DECLARA:

(...) 3. O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2º do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em prejuízo de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog, pela falta de investigação, bem como do julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, bem como pela aplicação da Lei de Anistia nº 6683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo Direito Internacional em casos de crimes contra a humanidade (...);

(...) 4. O Estado é responsável pela violação do direito de conhecer a verdade de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog, em virtude de não ter esclarecido judicialmente os fatos violatórios do presente caso e não ter apurado as responsabilidades individuais respectivas, em relação à tortura e assassinato de Vladimir Herzog, por meio da investigação e do julgamento desses fatos na jurisdição ordinária, em conformidade com os artigos 8º e 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento (...);

(...) 5. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog (...).”

Entre as medidas de reparação, destacamos a seguinte: “O Estado deve iniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabíveis, pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog, em atenção ao caráter de crime contra a humanidade desses fatos e às respectivas consequências jurídicas para o Direito Internacional (...)”.

9.2. Pontos importantes

9.2.1. Segunda condenação do Estado brasileiro na jurisdição contenciosa da Corte IDH por fatos ocorridos durante o período da ditadura militar. A condenação do Brasil no *Caso Herzog* simboliza a segunda sentença exarada pela Corte IDH em desfavor do Brasil envolvendo a temática da justiça de transição. A Corte reafirmou a sua jurisprudência reconhecendo a inconvenção da Lei de Anistia brasileira e condenando o Estado brasileiro pelo conjunto de graves violações de direitos humanos decorrentes da falta de investigação e punição dos responsáveis pela morte de Vladimir Herzog²⁹⁶.

9.2.2. Crimes contra a humanidade e relativização do princípio do *ne bis in idem*. Segundo definição da própria Corte IDH: “O princípio de *ne bis in idem* é uma pedra angular das garantias penais e da administração da justiça, segundo o qual uma pessoa não pode ser submetida a novo julgamento pelos mesmos fatos” (§ 270). Ao julgar o *Caso Herzog*, a Corte ressaltou novamente em sua jurisprudência o caráter relativo do princípio do *ne bis in idem* quando diante de uma situação envolvendo a prática de crimes contra a humanidade²⁹⁷. Sobre a relativização ao *ne bis in idem*, esclarece a Corte IDH que:

“A exceção a esse princípio, assim como no caso da prescrição, decorre do caráter absoluto da proibição dos crimes contra a humanidade e da expectativa de justiça da comunidade internacional. Isso se explica, como especificou a Comissão de Direito Internacional, pelo fato de que ‘um indivíduo pode ser julgado por um tribunal penal internacional por um crime contra a paz e a segurança da humanidade resultante da mesma ação que foi objeto do processo anterior em um tribunal nacional, caso o indivíduo tenha sido julgado pelo tribunal nacional por um crime ‘ordinário’, em vez de sê-lo por um crime mais grave previsto no código’. Nesse caso, o indivíduo não foi julgado ou punido pelo mesmo crime, mas por um ‘crime mais leve’ que não compreende em toda a sua dimensão sua conduta criminosa. Assim, ‘um indivíduo poderia ser julgado por um tribunal nacional por homicídio com agravantes e julgado uma segunda vez por um tribunal penal internacional pelo crime de genocídio baseado no mesmo fato’. Nas situações em que o indivíduo não foi devidamente julgado ou punido pela mesma ação ou pelo mesmo crime, em função do abuso de poder ou da incorreta administração

²⁹⁶ Para uma análise completa do fenômeno da justiça de transição e suas características, dimensões e regras específicas, recomendamos a leitura dos comentários relativos ao *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*.

²⁹⁷ Também nesse sentido, TEDH, *Caso Marguš Vs. Croácia* [GS], No. 4455/10, Sentença de 27 de maio de 2014. Para uma análise detalhada dos elementos que definem o conceito de crimes contra humanidade, ver comentários do *Caso Dushko Tadić*, julgado pelo TPIY.

de justiça pelas autoridades nacionais na ação do caso ou na instrução da causa, a comunidade internacional não deve ser obrigada a reconhecer uma decisão decorrente de uma transgressão tão grave do procedimento de justiça penal" (§271).

9.3. Conexões com o Direito brasileiro

9.3.1. Mudança da *causa mortis* de Vladimir Herzog em sua certidão de óbito após decisão do Poder Judiciário do Estado de São Paulo. No dia 24 de setembro de 2012, a 2ª vara de Registros Públicos do TJSP decidiu que o registro de óbito de Vladimir Herzog deveria ser retificado. O juiz Márcio Martins Bonilha Filho aceitou pedido da Comissão Nacional da Verdade para que constasse no assento que a morte do jornalista "decorreu de lesões e maus-tratos sofridos em dependência do II Exército – SP (Doi-Codi)". Assim, visando perfectibilizar o direito à verdade e à memória, o Poder Judiciário afastou a tese de que a morte seria decorrente de suicídio por asfixia mecânica por enforcamento, conforme alegava o DOI-CODI à época. A decisão ocorreu nos autos do processo nº 0046690-64.2012.8.26.0100 e a medida atende a recomendação nº 7 da Comissão Nacional da Verdade que consiste justamente na "retificação da anotação da causa de morte no assento de óbito de pessoas mortas em decorrência de graves violações de direitos humanos"²⁹⁸.

9.3.2. Direitos Humanos e violência contra jornalistas e profissionais da imprensa no Estado brasileiro. Segundo os dados da ONG Internacional Repórteres Sem Fronteiras (RSF), o Brasil é o segundo país da América Latina com o maior número de jornalistas assassinados entre 2010 e 2017, ficando atrás apenas do México²⁹⁹. Em termos globais, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) coloca o Brasil como sexto país mundo mais perigoso para exercer a profissão de jornalismo, ficando atrás apenas de Síria, Iraque, Paquistão, México e Somália³⁰⁰. Em 2018, 227 (duzentos e vinte e sete) jornalistas foram vítimas de violência no Brasil, representando um aumento de 36,36% em comparação ao ano de 2017, conforme o último relatório da Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ)³⁰¹. Recentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou um relatório temático sobre a violência contra comunicadores no Brasil informando que 64 (sessenta e quatro) jornalistas, profissionais da

²⁹⁸ Relatório da Comissão Nacional da Verdade. *Volume I*. Dezembro – 2014, p. 968.

²⁹⁹ Brasil é segundo país da América Latina com mais jornalistas assassinados. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/brasil-e-segundo-pais-da-america-latina-com-mais-jornalistas-assassinados-16tjlikmy6heby1wesv1tczpt/> Acesso em 08.10.2019. Sobre o tema, ver: HEEMANN, Thimotie Aragon. *Por uma releitura do Direito dos Povos Indígenas: Do Integracionismo ao Interculturalismo*. Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJDF, V. 109. Nº 1, 2017, pp. 05-18.

³⁰⁰ Conselho Nacional do Ministério Público. *Relatório Violência contra comunicadores no Brasil: um retrato da apuração dos últimos 20 anos*. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Violencia-contra-comunicadores-no-Brasil-VERSAO-FINAL-.pdf>

³⁰¹ Relatório 2018 "Violência contra Jornalistas e Liberdade de Imprensa no Brasil", Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), publicado em janeiro de 2019. Disponível em: https://fenaj.org.br/wp-content/uploads/2019/01/relatorio_fenaj_2018.pdf

imprensa e comunicadores foram mortos no exercício da profissão entre 1995 e 2018³⁰².

Deste modo, a partir da morte do jornalista Vladimir Herzog durante a ditadura militar é possível fazer um *link* com a preocupação da CIDH e sua relatoria específica para o tema “Liberdade de Expressão” com a segurança e integridade dos jornalistas e profissionais da imprensa. A CIDH vem desenvolvendo uma série de estudos acerca da violência empregada contra jornalistas nos Estados americanos, dentre eles, o Brasil. Segundo a CIDH, a violência contra os profissionais do jornalismo possui um tríplice efeito: a) viola o direito das vítimas de se expressarem e divulgarem suas ideias, opiniões e informações; b) gera um efeito silenciador e assustador na classe de profissionais do jornalismo; d c) viola o direito dos indivíduos e da sociedade de buscar e receber informações e ideias de qualquer tipo³⁰³.

Ainda segundo a CIDH, a segurança dos jornalistas é um dever do Estado que se desdobra em uma tríplice obrigação de *prevenir, proteger e procurar justiça*. Na obrigação de prevenção, o Estado deve adotar medidas que antecedam a própria violação de direitos dos jornalistas. Vejamos as orientações da Relatoria Especial da CIDH para a Liberdade de Expressão no que diz respeito à violência contra jornalistas³⁰⁴:

Obrigação de prevenção à violência contra jornalistas
a) Produzir dados de qualidade: Compilar e manter estatísticas precisas sobre a violência contra jornalistas para projetar, implementar e avaliar políticas públicas eficazes para a prevenção, proteção e repressão criminal da violência contra jornalistas.
b) Sancionar penalmente a violência contra jornalistas e trabalhadores dos meios de comunicação: É necessário que o direito penal reconheça uma categoria específica de crimes cometidos em represália pelo exercício da liberdade de expressão.
c) Respeitar o direito dos jornalistas em manter o sigilo de suas fontes, notas e arquivos pessoais: A proteção de fontes confidenciais contribui para o papel fundamental do monitoramento da imprensa e ajuda a evitar que jornalistas sejam vítimas de atos de violência. Da mesma forma, a ausência de tal proteção poderia dissuadir as fontes de colaborar com a imprensa para informar o público sobre assuntos de interesse público.
d) Instruir os órgãos de segurança pública sobre a liberdade de imprensa e o trabalho dos jornalistas e adotar mecanismo de prevenção contra a violência direcionada aos profissionais da imprensa: Adotar mecanismos de prevenção apropriados para prevenir a violência contra aqueles que trabalham na mídia, incluindo a formação de funcionários públicos, especialmente a polícia e as forças de segurança, e a adoção de diretrizes ou diretrizes sobre o respeito à liberdade de expressão.

³⁰² Conselho Nacional do Ministério Público. *Relatório Violência contra comunicadores no Brasil: um retrato da apuração dos últimos 20 anos*. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Violencia-contra-comunicadores-no-Brasil-VERSAO-FINAL-.pdf>

³⁰³ CIDH, Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Violência contra Jornalistas*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/pedagogicos/violencia-periodistas.asp>

³⁰⁴ Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/pedagogicos/violencia-periodistas.asp>. Acesso em 08.10.2019.

e) Adotar um discurso público e oficial em prol dos jornalistas e profissional da imprensa: O Estado deve adotar um discurso que contribua para prevenir a violência contra jornalistas e não os expõe a maiores riscos, assim como constantemente, de forma clara, pública e firme reconheça a legitimidade e o valor do trabalho jornalístico, mesmo quando a informação divulgada pode ser crítica, inconveniente e inoportuno para os interesses do governo. As autoridades têm a obrigação de condenar veementemente os ataques contra jornalistas e incentivar as autoridades competentes a agir com a devida diligência e agilidade na elucidação dos fatos e na punição dos responsáveis

Já em relação à obrigação de proteger os jornalistas e profissionais da imprensa, a Comissão possui entendimento no sentido de que o Estado deve proteger os jornalistas e profissionais da imprensa que estão em situação de risco, adotando para tanto, medidas concretas de proteção. Segundo a CIDH, “O Estado é obrigado a identificar o risco especial e avisar o jornalista sobre sua existência, avaliar as características e origem do risco, definir e adotar medidas de proteção específicas oportunas, avaliar periodicamente a evolução do risco, responder efetivamente aos sinais de sua concretização e agir para mitigar seus efeitos. O Estado deve prestar especial atenção à situação dos jornalistas que, devido ao tipo de atividades que realizam, estão expostos a riscos de extraordinária intensidade. Quando há uma situação sistemática e grave de violência contra jornalistas e trabalhadores da mídia, a Relatoria recomenda aos Estados a criação de programas especiais de proteção para lidar com esses grupos”³⁰⁵.

Por fim, a obrigação de procurar a justiça se materializa a partir da concretização do dever de investigar, processar e punir os autores dos delitos cometidos contra jornalistas e profissionais da imprensa³⁰⁶:

Obrigação de investigar e punir os autores de delitos contra jornalistas

a) Adotar uma estrutura institucional adequada que atribua responsabilidade para investigar e processar os crimes contra profissionais da imprensa: O Estado possui a incumbência de destinar as autoridades mais capacitadas para resolver os crimes contra a imprensa, disponibilizando recursos humanos, econômicos, logísticos e científicos suficientes e que tenham autonomia e independência

para agir. Essas autoridades devem ser treinados e adotar medidas para proteger os jornalistas e demais profissionais da imprensa. Em contextos em que há um risco contínuo de atos de violência contra jornalistas e onde prevalece a impunidade, os Estados têm sido recomendados pela CIDH para criar unidades de investigação especializadas em crimes contra a liberdade de expressão.

b) Atuar com a devida diligência e esgotar as linhas de investigação relacionadas aos crimes cometidos contra o exercício jornalístico: O Estado deve levar em conta a complexidade dos fatos, o contexto em que ocorreram e os padrões que explicam o crime, garantindo que não haja omissões na coleta de evidências e no acompanhamento de linhas lógicas de investigação. Caso contrário, haverá menos chance de obter resultados e provavelmente levantará dúvidas sobre a disposição das autoridades em resolver o caso.

³⁰⁵ CIDH, Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Violência contra Jornalistas. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/pedagogicos/violencia-periodistas.asp>

³⁰⁶ Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/pedagogicos/violencia-periodistas.asp>. Acesso em 08.10.2019.

c) Realizar investigações em um tempo razoável, evitando atrasos injustificados ou obstruções que levam à impunidade: Atraso excessivo na investigação de atos de violência podem constituir, em si, uma violação das garantias judiciais.

d) Facilitar a participação das vítimas ou de suas famílias: O Estado deve em todas as etapas e instâncias da investigação e no julgamento correspondente facilitar a participação das vítimas e de suas famílias.

e) Remover os obstáculos legais à investigação e punição proporcional e efetiva dos crimes mais graves contra jornalistas: A CIDH chama a atenção especialmente para o uso de leis gerais de anistia para impedir a investigação de graves violações de direitos humanos cometidas contra jornalistas.

É perceptível, portanto, a preocupação da Comissão com o atual cenário hostil e de violação de direitos humanos de jornalistas e profissionais da imprensa nos Estados americanos e, conforme expusemos a partir do *Caso Herzog*, não se trata de algo novo, mas que perdura no Estado brasileiro desde a época do período ditatorial. Deste modo, deve o Estado brasileiro empreender esforços para cumprir a tríplice obrigação de *prevenir, proteger e investigar e punir* idealizada pela CIDH no âmbito da violência contra jornalistas e profissionais da imprensa, buscando uma maior proteção dos direitos humanos daqueles que desempenham atividades jornalísticas e de comunicação em terras brasileiras.

9.3.3. Criação do instituto Vladimir Herzog e “comemorações” ao aniversário da ditadura militar no Brasil. Em 25 de julho de 2009, foi criado no Estado brasileiro uma instituição privada sem fins lucrativos chamada “Instituto Vladimir Herzog”, com o objetivo de resguardar a memória do jornalista e promover ações que despertem a atenção da sociedade brasileira em relação aos problemas econômicos e sociais do Brasil, sempre à luz das consequências causadas pela ditadura militar. No dia 29 de março de 2019, o Instituto Vladimir Herzog, em conjunto com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), enviou denúncia à Organizações das Nações Unidas (ONU) contra o Presidente Jair Bolsonaro após a decisão do Chefe do Executivo nacional em orientar aos estabelecimentos militares de todo país que comemorassem, no dia 31 de março de 2019, os 55 (cinquenta e cinco anos) do início da ditadura militar no Brasil³⁰⁷.

³⁰⁷ Ainda sobre o tema, a Defensoria Pública da União ajuizou ação civil pública para impedir as comemorações oficiais do golpe militar. Maiores considerações sobre a atuação da DPU no caso podem ser conferidas nos comentários do *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*.

CAPÍTULO 3

**Medidas de urgência no sistema interamericano de
proteção de direitos humanos**

CAPÍTULO 3

MEDIDAS DE URGÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Nota explicativa sobre as medidas de urgência no sistema interamericano de proteção de direitos humanos

Introdução

Assim como o *direito processual nacional*, também o *direito processual internacional* conta com medidas de urgência para que danos irreparáveis às pessoas possam ser evitados. Temos, assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos atuando numa dimensão pré-violatória.

No âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) podem expedir medidas de urgência, havendo, porém, algumas diferenças que devem ser ressaltadas.

Diferenças entre as medidas de urgência da CIDH e da Corte IDH	
Nomenclatura	Enquanto as medidas de urgência da CIDH são chamadas de <i>medidas cautelares</i> (Regulamento da CIDH, art. 25), as medidas de urgência da Corte IDH são denominadas de <i>medidas provisórias</i> (CADH, art. 63.2).
Status normativo	As <i>medidas cautelares</i> da CIDH possuem como base normativa apenas o Regulamento da Comissão, não tendo, portanto, natureza <i>convencional</i> . Diversamente, as <i>medidas provisórias</i> da Corte IDH estão previstas expressamente na CADH, possuindo, assim, a referida natureza <i>convencional</i> .
Efeito jurídico	Entende-se que as <i>medidas cautelares</i> da CIDH não possuem efeito vinculante, diferentemente das <i>medidas provisórias</i> da Corte IDH, que vinculam os Estados demandados.
Abrangência	A CIDH pode adotar <i>medidas cautelares</i> contra qualquer Estado membro da OEA, ainda que este Estado não tenha aderido à CADH, enquanto que a Corte IDH somente pode ordenar <i>medidas provisórias</i> em desfavor de Estados que tenham aderido à CADH e aceitado a jurisdição contenciosa da Corte IDH.

Sobre a última diferença referida anteriormente, há uma posição minoritária na doutrina, segundo a qual a Corte IDH pode expedir medidas provisórias em desfavor de qualquer Estado que tenha ratificado a CADH, independentemente de ter aceitado a jurisdição contenciosa da Corte, sendo este o entendimento, por exemplo, de Héctor Faúndez Ledesma:

“(...) a Comissão somente pode solicitar a aplicação de medidas provisórias a respeito dos Estados partes na Convenção; mas não resulta igualmente

evidente se o Estado deva ter aceitado previamente a competência da Corte. Não há que se olvidar que, no sistema interamericano, esta instituição encontra aplicação não somente como um incidente num procedimento judicial já em curso perante o tribunal, mas que também pode resultar de uma solicitação da Comissão em um assunto ainda não submetido à Corte. Em segundo lugar, deve-se ter presente que as medidas provisórias não integram a competência contenciosa da Corte, mas sim das suas competências como órgão de proteção dos direitos humanos; neste sentido, não se pode perder de vista que a Corte tem ressaltado reiteradamente que, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, o propósito das medidas provisórias, além de seu caráter preventivo, é proteger efetivamente direitos fundamentais, na medida em que buscam evitar danos irreparáveis às pessoas”³⁰⁸.

No entanto, prevalece o entendimento no sentido de que a Corte IDH somente pode determinar medidas provisórias contra Estados que não apenas aderiram à CADH, mas que também aceitaram a competência contenciosa da Corte, sendo este, inclusive, o entendimento da própria Corte IDH.

Medidas cautelares da CIDH

Vejamos o que prevê o art. 25 do Regulamento da CIDH:

“Artigo 25. Medidas cautelares

1. Em situações de gravidade e urgência a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo relativo a uma petição ou caso pendente.
2. Em situações de gravidade e urgência a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis a pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, independentemente de qualquer petição ou caso pendente.
3. As medidas às quais se referem os incisos 1 e 2 anteriores poderão ser de natureza coletiva a fim de prevenir um dano irreparável às pessoas em virtude do seu vínculo com uma organização, grupo ou comunidade de pessoas determinadas ou determináveis.
4. A Comissão considerará a gravidade e urgência da situação, seu contexto, e a iminência do dano em questão ao decidir sobre se corresponde solicitar a um Estado a adoção de medidas cautelares. A Comissão também levará em conta:
 - a. se a situação de risco foi denunciada perante as autoridades competentes ou os motivos pelos quais isto não pode ser feito;
 - b. a identificação individual dos potenciais beneficiários das medidas cautelares ou a determinação do grupo ao qual pertencem; e

³⁰⁸ LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed. San José: IIDH, 2004, p. 520.

c. a explícita concordância dos potenciais beneficiários quando o pedido for apresentado à Comissão por terceiros, exceto em situações nas quais a ausência do consentimento esteja justificada.

5. Antes de solicitar medidas cautelares, a Comissão pedirá ao respectivo Estado informações relevantes, a menos que a urgência da situação justifique o outorgamento imediato das medidas.

6. A Comissão avaliará periodicamente a pertinência de manter a vigência das medidas cautelares outorgadas.

7. Em qualquer momento, o Estado poderá apresentar um pedido devidamente fundamentado a fim de que a Comissão faça cessar os efeitos do pedido de adoção de medidas cautelares. A Comissão solicitará observações aos beneficiários ou aos seus representantes antes de decidir sobre o pedido do Estado. A apresentação de tal pedido não suspenderá a vigência das medidas cautelares outorgadas.

8. A Comissão poderá requerer às partes interessadas informações relevantes sobre qualquer assunto relativo ao outorgamento, cumprimento e vigência das medidas cautelares. O descumprimento substancial dos beneficiários ou de seus representantes com estes requerimentos poderá ser considerado como causa para que a Comissão faça cessar o efeito do pedido ao Estado para adotar medidas cautelares. No que diz respeito às medidas cautelares de natureza coletiva, a Comissão poderá estabelecer outros mecanismos apropriados para seu seguimento e revisão periódica.

9. O outorgamento destas medidas e sua adoção pelo Estado não constituirá pré-julgamento sobre a violação dos direitos protegidos pela Convenção Americana e outros instrumentos aplicáveis”.

Percebam, então, que a CIDH pode expedir medidas cautelares de ofício ou a pedido da parte, havendo ou não caso em tramitação na Comissão. As medidas podem ser de natureza individual ou coletiva, sendo que, no segundo caso, deve ser evidenciado o vínculo entre as pessoas e uma organização, grupo ou comunidade de pessoas determinadas ou determináveis.

Para decidir se expede ou não medidas cautelares, a CIDH: a) considera os requisitos da gravidade e da urgência; b) a iminência do dano; c) se a situação foi denunciada perante as autoridades competentes ou os motivos pelos quais isto não pode ser feito; d) a identificação individual dos potenciais beneficiários das medidas cautelares ou a determinação do grupo ao qual pertencem; e e) a explícita concordância dos potenciais beneficiários quando o pedido for apresentado à CIDH por terceiros, exceto em situações nas quais a ausência do consentimento esteja justificada (exemplo: o desaparecimento forçado de pessoas).

Antes de solicitar ao Estado as medidas cautelares, a CIDH deve pedir ao Estado demandado informações relevantes sobre a denúncia, exceto se a urgência da situação justifique a concessão imediata das medidas.

A CIDH deve analisar periodicamente a pertinência de manter vigente as medidas cautelares, sendo que em qualquer momento o Estado pode requerer a cessação daquelas, caso em que a Comissão deve ouvir os beneficiários ou seus representantes antes de

decidir sobre o pedido do Estado.

Ainda sobre esse tema, a CIDH pode pedir às partes interessadas informações relevantes sobre qualquer assunto relativo ao cumprimento e vigência das medidas cautelares, sendo que se a parte beneficiária descumprir esse chamado a CIDH pode fazer cessar os efeitos das medidas.

Importante compreender, também, que a concessão de medidas cautelares não constitui pré-julgamento do mérito.

Finalmente, uma questão processual relevante: quando o regulamento da CIDH prevê como requisito para a concessão das medidas cautelares que a situação de risco tenha sido denunciada perante as autoridades competentes ou os motivos pelos quais isto não pôde ser feito, ele – o Regulamento – está exigindo o esgotamento dos recursos internos? A resposta é negativa. A CIDH possui o entendimento consolidado no sentido de que, no âmbito da sua competência para expedir medidas cautelares, a vítima não precisa esgotar os recursos internos. Para o sistema de *casos*, sim, a CADH prevê que a vítima primeiro deve esgotar os recursos internos antes de denunciar a violação de direitos humanos perante a Comissão. No entanto, para o sistema de medidas cautelares – regido não diretamente pela CADH, mas sim pelo art. 25.6.a do Regulamento da CIDH –, a vítima deve apenas ter denunciado a situação de risco às autoridades nacionais competentes ou justificar porque assim não procedeu. Estamos de acordo com esse entendimento, que se mostra compatível com a natureza urgente das medidas cautelares.

Medidas provisórias da Corte IDH

Vejamos o que estabelece o art. 63.2 da CADH:

“Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão”.

Devemos ler também o art. 27 do Regulamento da Corte IDH:

“Artigo 27. Medidas provisórias

1. Em qualquer fase do processo, sempre que se tratar de casos de extrema gravidade e urgência e quando for necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, ex officio, poderá ordenar as medidas provisórias que considerar pertinentes, nos termos do artigo 63.2 da Convenção.
2. Tratando-se de assuntos ainda não submetidos à sua consideração, a Corte poderá atuar por solicitação da Comissão.
3. Nos casos contenciosos que se encontrem em conhecimento da Corte, as vítimas ou as supostas vítimas, ou seus representantes, poderão apresentar diretamente àquela uma petição de medidas provisórias, as quais deverão ter relação com o objeto do caso.

4. A solicitação pode ser apresentada à Presidência, a qualquer um dos Juízes ou à Secretaria, por qualquer meio de comunicação. De qualquer forma, quem houver recebido a solicitação deverá levá-la de imediato ao conhecimento da Presidência.
5. A Corte ou, se esta não estiver reunida, a Presidência poderá requerer ao Estado, à Comissão ou aos representantes dos beneficiários, quando considerar possível e indispensável, a apresentação de informação sobre um pedido de medidas provisórias antes de resolver sobre a medida solicitada.
6. Se a Corte não estiver reunida, a Presidência, em consulta com a Comissão Permanente e, se for possível, com os demais Juízes, requererá do Estado interessado que tome as providências urgentes necessárias a fim de assegurar a eficácia das medidas provisórias que a Corte venha a adotar depois, em seu próximo período de sessões.
7. A supervisão das medidas urgentes ou provisórias ordenadas realizar-se-á mediante a apresentação de relatórios estatais e das observações correspondentes aos referidos relatórios por parte dos beneficiários de tais medidas ou seus representantes. A Comissão deverá apresentar observações ao relatório do Estado e às observações dos beneficiários das medidas ou de seus representantes.
8. Nas circunstâncias que estimar pertinentes, a Corte poderá requerer a outras fontes de informação dados relevantes sobre o assunto, que permitam apreciar a gravidade e a urgência da situação e a eficácia das medidas. Para os mesmos efeitos, poderá também requerer as perícias e relatórios que considerar oportunos.
9. A Corte ou, se esta não estiver reunida, a Presidência poderá convocar a Comissão, os beneficiários das medidas ou seus representantes e o Estado a uma audiência pública ou privada sobre as medidas provisórias.
10. A Corte incluirá em seu relatório anual à Assembleia Geral uma relação das medidas provisórias que tenha ordenado durante o período do relatório e, quando tais medidas não tenham sido devidamente executadas, formulará as recomendações que considere pertinentes”.

Assim, para que uma medida provisória possa ser solicitada à Corte IDH, o caso deve ser de extrema gravidade e urgência, quando a medida provisória cumprirá com a finalidade de evitar danos irreparáveis às pessoas.

Se o caso ainda não houver sido submetido à Corte IDH, esta somente pode determinar medidas provisórias à pedido da CIDH. Se, no entanto, o caso já se encontrar em tramitação na Corte IDH, esta pode expedir medidas provisórias de ofício, a pedido das vítimas ou seus representantes e também à pedido da CIDH.

O mecanismo de que dispõe a Corte IDH para supervisionar o cumprimento de suas medidas provisórias pelos Estados é o sistema de relatórios periódicos, podendo haver também a realização de audiência pública ou privada sobre esta questão.

Finalmente, a partir destas considerações sobre o procedimento, surge a seguinte dúvida: se o caso ainda não estiver em tramitação na Corte IDH, a CIDH, para pedir medidas provisórias, deve ter, antes, emitido medidas cautelares e estas terem se revelado infrutíferas? Segundo o entendimento da Corte IDH, a CIDH pode pedir medidas

provisórias diretamente, sem antes ter adotado medidas cautelares que se revelaram infrutíferas.

1. Medidas provisórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Brasil

Com a exceção da medida provisória indeferida pela Corte IDH no *Caso Gomes Lund* em 15.07.2009, todas as demais medidas provisórias adotadas pela Corte Interamericana contra o Brasil referem-se a violações de direitos humanos no interior de estabelecimentos prisionais³⁰⁹. Vejamos quais estabelecimentos prisionais já foram objeto de medida de urgência pela Corte IDH:

- Urso Branco (Porto Velho, Rondônia)
- Complexo do Tatuapé da FEBEM (São Paulo, São Paulo)³¹⁰
- Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira (Araraquara, São Paulo)
- Unidade de Internação Socioeducativa (Cariacica, Espírito Santo)
- Complexo Penitenciário de Curado (Recife, Pernambuco)
- Complexo Penitenciário de Pedrinhas (São Luís, Maranhão)
- Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro)

De um modo geral, as medidas provisórias determinadas nestes casos referem-se a providências que os Estados devem adotar para fazer cessar as violações de direitos humanos no interior de estabelecimentos prisionais, tais como proteger a vida e a integridade pessoal das pessoas presas e de todas as pessoas que ingressem no estabelecimento prisional (visitantes, funcionários etc.), manter uma lista atualizada de todas as pessoas presas, assegurar o contato entre as pessoas presas e as autoridades e organizações de defesa dos direitos humanos, investigar e punir as violações de direitos humanos no interior de estabelecimentos prisionais, possibilitar a visita dos familiares dos reclusos, assegurar as condições

³⁰⁹ Sobre o tema, ver: LEAL, César Barros. *A execução penal à luz da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, n. 17/18, dez. 2018, p. 31-42; FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. *O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro*. In: Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2016, p. 67-82.

³¹⁰ A partir de 2006, a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor de São Paulo (FEBEM) passou a se chamar Fundação CASA – Centro de Atendimento Sócio-Educativo ao Adolescente por força da Lei Estadual nº 12.469. A Corte IDH observou essa alteração a partir da sua resolução de 03.07.2007 sobre o caso. A respeito das expectativas do sistema de justiça e da sociedade de um modo geral em relação aos adolescentes em conflito com a lei, consideramos oportuna a reflexão encontrada no voto do Cançado Trindade na Resolução da Corte IDH de 30.11.2005 sobre o Complexo do Tatuapé da FEBEM: “O que podemos esperar de meninos abandonados pela ‘civilização’ nas ruas obscuras do mundo? O que podemos esperar de meninos confiados em ‘centros de reabilitação’ ou de ‘bem estar’, nos quais se familiarizam com o mal, ao invés de aprender a discernir entre o bem e o mal (que coexistem dentro de cada um de nós)? O que podemos esperar de meninos condenados pelo meio social, por políticas públicas (‘macroeconômicas’) em sociedades repressivas, a uma existência sem sentido, sem projeto de vida, sem futuro, e não raro também sem passado, condenados, em suma, a um presente perene, frágil e fugaz e, portanto ameaçador, se não desesperador?” (§ 4º).

adequadas de aprisionamento, ajustar a ocupação prisional à capacidade do estabelecimento, abster de praticar revistas íntimas ou vexatórias em visitantes etc.

Pela especialidade quando comparadas com as demais medidas de natureza ordinária ou geral, iremos destacar e comentar brevemente duas obrigações impostas pela Corte IDH ao Brasil (revista íntima ou vexatória e controle da ocupação prisional conforme a capacidade do estabelecimento), não sem antes, porém, ressaltar que o Estado assume uma posição de *garante* em relação às pessoas privadas de liberdade, posição esta da qual pode derivar uma responsabilidade “agravada”. Noutras palavras, isso quer dizer que mesmo quando a violação de direitos humanos for praticada *entre* as pessoas presas, sem a interferência ativa de um funcionário do estabelecimento prisional, ainda assim se verificará – em regra – a responsabilidade omissiva do Estado por não observar a sua posição de *garante* da proteção dos direitos humanos no contexto de privação de liberdade. Neste sentido, vejamos a lição do juiz García Ramírez na Resolução da Corte IDH de 07.04.2004 sobre medidas provisórias referentes ao estabelecimento prisional Urso Branco:

“Nestes casos [de privação de liberdade] o Estado têm (...) uma função de garante a respeito de quem esteja sob o seu cuidado. É preciso considerar que estas pessoas ficam completamente sujeitas à autoridade imediata do Estado e à conduta ativa ou omissiva de seus agentes, não têm capacidade real de prover a sua própria segurança e defesa, e por isso muitas vezes enfrentam contingências esmagadoras. A preservação de seus direitos compete integralmente ao Estado garante. A peculiar posição de desamparo em que se encontram os internos impõe deveres especiais cuja pontual observância depende não só do bem-estar daqueles, mas também e sobretudo, como temos visto, da sua vida. Isso é o que ocorre em prisões para adultos, centros de detenção de menores, instituições para enfermos mentais e em outras instituições nas quais existe, de uma ou outra forma, sob diversos títulos, privação de liberdade e colocação do sujeito sob a confiança das autoridades públicas.

É claro que o Estado tem, em relação a todas as pessoas situadas no âmbito que alcança sua jurisdição, o dever de reconhecer, respeitar, proteger e garantir os direitos fundamentais das pessoas. Assim, esta obrigação estatal adquire um relevância maior quando os indivíduos ficam em estado de dependência ou subordinação completa e direta aos agentes do Estado, como notoriamente ocorre nas hipóteses as quais me refiro, nas quais se apresenta uma relação jurídica e material entre a autoridade e o particular que não existe, com as mesmas características, na generalidade dos casos.

Daí a posição reforçada de garante que assume o Estado e daí também a acentuada responsabilidade deste a respeito dos sujeitos que estão sob o seu cuidado, do qual pode derivar, por este motivo específico, uma responsabilidade “agravada”.

Nesta mesma decisão da Corte IDH, afirmou o juiz Cançado Trindade:

“Assim, em circunstâncias como as do presente caso da *Prisão de Urso Branco*, (...) não pode o Estado pretender se eximir da responsabilidade por violações dos direitos humanos (direitos à vida e à integridade pessoal) ocorridas na

referida prisão pelo fato de que os atos de violência que geraram as violações foram perpetrados por algumas das pessoas reclusas na prisão em detrimento de outros reclusos. A responsabilidade estatal se compromete de imediato, no momento da ocorrência das violações, independentemente de iniciativas de reformas legislativas ou administrativas pendentes (algumas já por muito tempo). O Estado tem o dever inescapável de proteção *erga omnes*, mesmo nas relações interindividuais, porquanto vítimas e vitimadores se encontravam e se encontram todos sob sua custódia” (§ 9º).

1.1. Proibição de revista íntima ou vexatória

Em sua Resolução de 22.05.2014 sobre medidas provisórias a serem cumpridas pelo Brasil no Complexo Penitenciário de Curado, a Corte IDH impôs ao Estado brasileiro a obrigação de eliminar a prática de revistas humilhantes que afetem a intimidade e a dignidade dos visitantes. Sobre esse problema, em 2002, o Subcomitê da ONU para a Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, no seu Relatório sobre a visita ao Brasil, já havia recomendado ao Estado que:

“(…) garanta que os registros sem roupa e íntimos se ajustem aos critérios de utilização necessária, razoável e proporcional. Se registros corporais são realizados, devem ser praticados em condições higiênicas, por pessoal qualificado e do mesmo sexo que a pessoa registrada e devem ser compatíveis com a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais. Estão legalmente proibidos os registros vaginais ou anais invasivos. A emissão de passes para visitantes deve ser acelerada” (§ 119).

Embora ainda não observada em todos os estabelecimentos prisionais do país, consideramos acertada a Resolução nº 05/2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), que recomenda a não utilização de práticas vexatórias para o controle de ingresso aos locais de privação de liberdade e dá outras providências:

“(…)

Art. 1º. A revista pessoal é a inspeção que se efetua, com fins de segurança, em todas as pessoas que pretendem ingressar em locais de privação de liberdade e que venham a ter contato direto ou indireto com pessoas privadas de liberdade ou com o interior do estabelecimento, devendo preservar a integridade física, psicológica e moral da pessoa revista.

Parágrafo único. A revista pessoal deverá ocorrer mediante uso de equipamentos eletrônicos detectores de metais, aparelhos de raio-x, scanner corporal, dentre outras tecnologias e equipamentos de segurança capazes de identificar armas, explosivos, drogas ou outros objetos ilícitos, ou, excepcionalmente, de forma manual.

Art. 2º. São vedadas quaisquer formas de revista vexatória, desumana ou degradante.

Parágrafo único. Consideram-se, dentre outras, formas de revista vexatória, desumana ou degradante:

I – desnudamento parcial ou total;

II – qualquer conduta que implique a introdução de objetos nas cavidades corporais da pessoa revistada;

III – uso de cães ou animais farejadores, ainda que treinados para esse fim;

IV – agachamento ou saltos.

Art. 3º. O acesso de gestantes ou pessoas com qualquer limitação física impeditiva da utilização de recursos tecnológicos aos estabelecimentos prisionais será assegurado pelas autoridades administrativas, observado o disposto nesta Resolução.

Art. 4º. A revista pessoal em crianças e adolescentes deve ser precedida de autorização expressa de seu representante legal e somente será realizada na presença deste.

Art. 5º. Cabe à administração penitenciária estabelecer medidas de segurança e de controle de acesso às unidades prisionais, observado o disposto nesta Resolução.

(...)”.

1.2. Controle da ocupação prisional conforme a capacidade do estabelecimento: um breve comentário das medidas provisórias adotadas pela Corte IDH sobre o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho

A superpopulação carcerária sem dúvida é um dos principais fatores crimínógenos no ambiente prisional, contribuindo diretamente para o *embrutecimento* e para a *desumanização* da pessoa presa, assim como fornecendo as condições necessárias para a criação e expansão de organizações criminosas. Não há como discordar de Baratta, portanto, quando ele afirmava que “O cárcere é um lugar privilegiado para a violação de direitos humanos”³¹¹. Em seu voto no julgamento do *Caso Tibi vs. Equador*, o juiz García Ramírez também fez a seguinte advertência:

“(...) as prisões têm sido, são e talvez serão – oxalá que não fosse assim – cenários das mais reiteradas, graves e notórias violações dos direitos humanos. É hora de que se volte a olhar para esses cenários, constantemente denunciados e insuficientemente reformados, para modificar-lhes radicalmente” (§ 10).

Em suas resoluções sobre medidas provisórias aplicadas ao Brasil no contexto de violações de direitos humanos no interior de estabelecimentos prisionais, a Corte IDH vinha coibindo a superpopulação carcerária mediante determinações mais genéricas, como a adotada em sua Resolução de 04.07.2006, na qual ordenou ao Estado brasileiro que reduzisse substancialmente a superlotação no Complexo do Tatuapé da FEBEM. No entanto, com a Resolução adotada em 22.11.2018, referente às medidas provisórias adotadas sobre o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), a Corte IDH, observando que as medidas anteriormente determinadas não melhoraram concretamente

³¹¹ BARATTA, Alessandro. *Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*. In: Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos nº 11, enero-junio 1990. San José: IIDH, p. 20.

as condições de privação de liberdade no IPPSC, e ainda, levando em conta que a superpopulação carcerária no referido estabelecimento prisional estava em torno de 200% – quando os parâmetros internacionais, como o do Conselho da Europa, indicam que ultrapassar 120% implica superpopulação crítica –, resolveu adotar uma medida provisória mais *audaciosa*³¹².

Apresentaremos a argumentação da Corte Interamericana para depois comentá-la brevemente:

“Nas condições antes indicadas, a Corte reconhece que a execução de penas privativas de liberdade ou de detenções preventivas no IPPSC eventualmente violaria o artigo 5.2 da Convenção Americana [“Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”], situação que não foi superada e tampouco atenuada (...).

Embora a Corte valore os esforços que o Estado expõe, o certo é que este, até o presente, resultam ineficazes para aliviar a eventual violação à Convenção Americana que se mantém no tempo sem solução de continuidade.

Ademais, condições de privação de liberdade como as que se mantêm no IPPSC eventualmente também podem violar o artigo 5.6 da Convenção Americana [“As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”], pois as penas ali executadas nunca poderão cumprir com a reforma e a readaptação social do condenado, tal como prescreve o citado dispositivo convencional como objetivo principal destas penas. (...)

É impossível que este objetivo seja alcançado quando os presos estão imersos numa ordem interna controlada pelos grupos de força que se sabe que, por sua natureza, impõem pautas de conduta violentas que, tanto nos grupos que exercem o poder como nos que se submetem a eles, são claramente propensos a condicionar novos desvios de conduta em sua futura vida livre.

A deterioração das condições carcerárias até o extremo de resultar numa pena pelo menos degradante, afeta a autoestima do preso e, consequentemente, o condiciona à introjeção de normas de convivência bastante violentas, completamente inadequadas para o comportamento pacífico e respeitoso do direito na convivência livre.

Deste modo, uma violação prolongada do artigo 5.6 da Convenção Americana põe em sério perigo os direitos de todos os habitantes, e isso porque os presos num estabelecimento regido por grupos violentos sofrerão atos e humilhações que em boa parte deles causarão sua saída com grave deterioração de sua subjetividade e autoestima, um alto risco de reprodução de violência com desvios delitivos inclusive mais graves que aqueles que motivaram a prisão.

Se por um lado uma violação do artigo 5.2 da Convenção Americana viola os direitos das pessoas privadas de liberdade, por tratar-se de uma pena pelo

³¹² A Corte IDH adotou o mesmo entendimento em 28.11.2018, com a sua Resolução de medidas provisórias para o Complexo Penitenciário de Curado.

menos degradante, por outro lado a violação do artigo 5.6 condicionaria futuras reincidências ou recaídas no delito que colocam em perigo os direitos de todos os habitantes.

(...) Toda pena privativa de liberdade e qualquer privação de liberdade, ainda que à título preventivo ou cautelar, implica necessariamente uma cota de dor ou aflição inevitável. Não obstante, esta se reduz basicamente às inevitáveis consequências da limitação ambulatoria da pessoa, à necessária convivência imposta por uma instituição total e ao respeito aos regramentos indispensáveis para a conservação da ordem interna do estabelecimento.

Quando as condições do estabelecimento se deterioram até dar lugar a uma pena degradante como consequência da superpopulação e de seus efeitos antes indicados, o conteúdo aflictivo da pena ou da privação de liberdade preventiva se incrementa numa medida que o torna ilícito ou antijurídico.

As soluções jurídicas que se postulam para o caso em que o agravamento das condições de privação de liberdade seja tão extremo que constitua violação do artigo 5.2 da Convenção Americana ou de seus equivalentes constitucionais nacionais, em virtude de essa pena impor uma dor ou aflição que exceda em muito aquilo que é inerente a toda pena ou privação de liberdade, foram basicamente duas:

- i. que se proceda, conforme propõem alguns, à direta liberação dos presos, considerando que é intolerável que um Estado de Direito execute penas que são, no mínimo, degradantes;
- ii. que, de algum modo, como alternativa, se provoque uma diminuição da população penal, em geral mediante um cálculo de tempo de pena ou de privação de liberdade, que abrevie o tempo real, atendendo ao maior conteúdo aflictivo, decorrente da superpopulação penal.

(...) a eventual situação de violação do artigo 5.2 da Convenção Americana não pode ser resolvida, no presente assunto, mediante a espera da construção de novos estabelecimentos, uma vez que nem sequer foram projetados e, por outro lado, o próprio Estado alega falta de recursos (...).

Das respostas oferecidas pelo Estado acerca da situação prisional geral, depreende-se que tampouco é possível apresentar solução para a atual situação por meio de traslados a outros estabelecimentos, porque estes não têm capacidade para receber presos, o que, caso se forcem esses traslados, geraria maior superpopulação em outros centros penitenciários, com o consequente risco de alterações da ordem, motins e resultados desastrosos para presos e funcionários. Isso mostra que persiste uma situação de risco de dano irreparável aos direitos à integridade pessoal e à vida dos beneficiários destas medidas provisórias, o que exige da Corte Interamericana a disposição de medidas concretas para preservar esses direitos fundamentais.

Por conseguinte, o único meio para fazer cessar a continuação da eventual situação ilícita frente à Convenção Americana consiste em procurar a redução da população do IPPSC.

(...) Em princípio, e dado que é inegável que as pessoas privadas de liberdade no IPPSC podem estar sofrendo uma pena que lhes impõe um sofrimento antijurídico muito maior que o inerente à mera privação de liberdade, por um lado, é justo reduzir seu tempo de encarceramento, para o que se deve

ater a um cálculo razoável, e, por outro, essa redução implica compensar, de algum modo, a pena até agora sofrida na parte antijurídica de sua execução. As penas ilícitas não deixam de ser penas em razão de sua antijuridicidade, e o certo é que vêm sendo executadas e causando sofrimento, circunstâncias que não se pode negar para chegar a uma solução o mais racional possível (...).

Dado que está fora de dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a aflição antijurídica eivada de dor da pena que se está executando, o que importaria que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes.

Considera a Corte que a solução radical, antes mencionada, que se inclina pela imediata liberdade dos presos em razão da inadmissibilidade de penas ilícitas em um Estado de Direito, embora seja firmemente principista e quase inobjetável na lógica jurídica, desconhece que seria causa de um enorme alarme social que pode ser motivo de males ainda maiores.

Cabe pressupor, de forma absoluta, que as privações de liberdade dispostas pelos juízes do Estado, a título penal ou cautelar, o foram no prévio entendimento de sua licitude por parte dos magistrados que as dispuseram, porque os juízes não costumam dispor prisões ilícitas. No entanto, são executadas ilicitamente e, por conseguinte, dada a situação que persiste, e que *nunca devia ter existido, mas existe*, ante a emergência e a situação real, o mais prudente é reduzi-las de forma que seja computado como pena cumprida o excedente antijurídico de sofrimento não disposto ou autorizado pelos juízes do Estado.

(...) Os desvios de conduta provocados por condições degradantes de execução de privações de liberdade põem em risco os direitos e os bens jurídicos do restante da população, porque gera, em alguma medida, um efeito reprodutor da criminalidade. A Corte não pode ignorar essa circunstância e, pelo menos no que se refere aos direitos fundamentais, a ela se impõe formular um tratamento diferente para o caso de presos acusados de crimes ou supostos crimes contra a vida e a integridade física, ou de natureza sexual, ou por eles condenados, embora levando em conta que esses desvios secundários de conduta não ocorrem de maneira inexorável, o que exige uma abordagem particularizada em cada caso.

Por conseguinte, a Corte entende que a redução do tempo de prisão compensatória da execução antijurídica, conforme o cômputo antes mencionado, para a população penal do IPPSC em geral, no caso de acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de natureza sexual, ou por eles condenados, deverá se sujeitar, em cada caso, a um exame ou perícia técnica criminológica que indique, segundo o prognóstico de conduta que resulte e, em particular, com base em indicadores de agressividade da pessoa, se cabe a redução do tempo real de privação de liberdade, na forma citada de 50%, se isso não é aconselhável, em virtude de um prognóstico de conduta totalmente negativo, ou se deve abreviar em medida inferior a 50%.

(...) (§ 83 e seguintes).

Podemos resumir assim o entendimento da Corte IDH adotado em sua resolução de medidas provisórias no *Caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*: a) o aprisionamento em contexto de superpopulação carcerária consiste em tratamento cruel, desumano ou degradante e viola, portanto, o art. 5.2 da CADH; b) o aprisionamento em contexto de superpopulação carcerária também viola o art. 5.6 da CADH ao inviabilizar a finalidade essencial de reforma e readaptação social das pessoas presas; c) embora a privação de liberdade implique necessariamente uma cota de dor ou aflição inevitável, quando as condições de aprisionamento se deterioram até dar lugar a uma pena degradante como consequência da superpopulação o seu conteúdo se torna ilícito ou antijurídico; d) há basicamente duas soluções para esse problema, sendo que uma propõe a liberação direta dos presos, considerando ser intolerável que o Estado de Direito execute penas degradantes, e a outra propõe que sejam trabalhadas medidas de redução da população carcerária, em geral mediante um cálculo de tempo de privação de liberdade que abrevie o tempo real de aprisionamento; e) a forma de calcular a diminuição do tempo real de aprisionamento depende do contexto da situação concreta, sendo que no caso do IPPSC, levando-se em conta que a densidade da superpopulação penal é de 200% – ou seja, duas vezes a sua capacidade –, o tempo de pena ou de prisão preventiva realmente sofrido deve ser computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes; f) a Corte IDH não adota a solução que classifica como “radical”, consistente na liberação direta das pessoas presas em condições degradantes; g) presos acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de natureza sexual, ou por eles condenados, demandam uma abordagem particularizada, devendo a redução do tempo de aprisionamento compensatório ser verificada em cada caso, a partir de um exame ou perícia técnica criminológica que indique, segundo o prognóstico de conduta que resulte e, em particular, com base em indicadores de agressividade da pessoa, se cabe a redução do tempo real de privação de liberdade, na forma citada de 50%, se isso é aconselhável, em virtude de um prognóstico de conduta totalmente negativo, ou se se deve abreviar em medida inferior a 50%.

Embora consideremos *audaciosa* a decisão da Corte IDH no caso envolvendo o IPPSC, e isso pelo fato de ter estabelecido claramente uma forma de redução da superpopulação carcerária no estabelecimento prisional – em vez de se limitar a emitir uma medida provisória mais genérica neste sentido –, temos duas críticas ao entendimento da Corte.³¹³

A nossa primeira crítica ao entendimento da Corte IDH reside na constatação de que ele acaba por resultar numa espécie de “remição por tortura”³¹⁴. A própria Corte considera no corpo da sua decisão que a superpopulação carcerária consiste numa pena – no mínimo – degradante, ensejando a violação do art. 5.2 da CADH (“Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”). Sendo assim, não há que se falar em *ponderação* do direito de não ser torturado

³¹³ As críticas a seguir refletem apenas o posicionamento do coautor Caio Paiva, sendo que o coautor Thimotie Heemann concorda com o entendimento da Corte IDH.

³¹⁴ A expressão é de GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEJ, 2018, p. 197.

com qualquer outro direito, nem mesmo com o direito à segurança pública. Relembremos que, de acordo com as Convenções da OEA e da ONU sobre a matéria, o direito de não ser torturado é absoluto e não pode ser excepcionado em nenhuma hipótese, nem mesmo na guerra³¹⁵. Ao adotar simplesmente a “remição por tortura”, a Corte IDH ignora que a sua competência para determinar medidas provisórias está fundada na extrema gravidade e na urgência da situação, pois o provimento decisório não resolve – imediatamente – o problema dos beneficiários reclusos no IPPSC, mas apenas lhes concede o “direito” de ficarem presos em condição degradante por um tempo menor.

Mas qual deveria ter sido, então, a medida provisória determinada pela Corte IDH no caso do IPPSC? A nosso ver, a vocação de um tribunal internacional de direitos humanos não é a de *negociar* a proteção destes direitos. Quando a Corte afirma que “(...) a solução radical, antes mencionada, que se inclina pela imediata liberdade dos presos em razão da inadmissibilidade de penas lícitas em um Estado de Direito, embora seja firmemente principista e quase inobjetable na lógica jurídica, desconhece que seria causa de um enorme alarme social que pode ser motivo de males ainda maiores” (§ 122), consideramos que ela atravessou uma fronteira muito perigosa, concebendo a violação de direitos humanos das pessoas presas como algo aceitável do ponto de vista jurídico, tanto que editou uma *fórmula* para compensá-la. Por mais que a medida possa, sim, causar um “enorme alarme social”, considerando a natureza absoluta do direito de não ser torturado ou de não receber tratamento degradante, entendemos que cabia à Corte IDH – especialmente no contexto de uma medida de urgência –, impor ao Estado brasileiro a imediata libertação das pessoas em situação de aprisionamento degradante ou, subsidiariamente, a transferência delas para um estabelecimento prisional em condições de recebê-las, sem prejuízo, ainda, como última medida, de se conceder a prisão domiciliar. Sobre o tempo em que a pessoa ficou presa em condições degradantes, sim, a Corte IDH poderia ter adicionado a remição/compensação e/ou a indenização pelos danos materiais e morais sofridos³¹⁶.

Em resumo, o nosso entendimento é o seguinte: para reparar o passado, a remição de pena e/ou a indenização; para o presente, a imediata colocação da pessoa presa em liberdade ou, subsidiariamente, a sua transferência para um estabelecimento prisional

³¹⁵ A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, internalizada pelo Decreto nº 98.386/1989, prevê que “Não se invocará nem admitirá como justificativa do delito de tortura a existência de circunstâncias tais como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas” (art. 5º). No mesmo sentido, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, internalizada pelo Decreto nº 40/1991, estabelece que “Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificação para tortura” (art. 2.2).

³¹⁶ No julgamento do RE 580.252, rel. min. Alexandre de Moraes, rel. p/ acórdão min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 16.02.2017, o STF rejeitou a remição como indenização e fixou a seguinte tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.

condigno, sem prejuízo, ainda, como última medida, da concessão da prisão domiciliar.

E a nossa segunda crítica ao entendimento da Corte IDH está diretamente ligada com a primeira e diz respeito ao tratamento excepcional dispensado às pessoas presas por crimes contra a vida ou a integridade física, ou por crimes sexuais. De acordo com a Corte, a “remição por tortura” conforme a fórmula do cômputo em dobro do tempo de privação de liberdade não se aplica automaticamente àquelas pessoas, que devem ser submetidas a exame por uma equipe criminológica (psicólogos, assistentes sociais etc.), responsável por aconselhar a conveniência ou inconveniência da remição, ou, então, sua redução em menor medida. Ou seja, a Corte IDH chega a admitir que, tratando-se de pessoa acusada de crime grave ou por ele condenada, se uma equipe criminológica apontar a inconveniência da remição, a violação de direitos humanos praticada pelo Estado – consistente no aprisionamento em condições degradantes – poderá ficar absolutamente impune, sem nenhuma consequência ou compensação para a pessoa presa. Temos aqui um evidente exemplo de *Direito Penal do inimigo*, em que a Corte IDH praticamente nega à pessoa acusada de um crime grave o direito de não ser torturada ou de não ser aprisionada em condições degradantes.

Esperamos que a Corte Interamericana reveja o seu entendimento nas próximas oportunidades que tiver para se manifestar sobre o tema.

2. Medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Brasil

O Brasil já recebeu diversas medidas cautelares da CIDH. A maioria delas referem-se a violação de direitos humanos de povos indígenas, reclusos em estabelecimentos prisionais³¹⁷, defensores de direitos humanos e pessoas ameaçadas por policiais. Como as recomendações da Comissão se repetem na maioria dos casos e considerando, ainda, que alguns destes temas foram estudados quando comentamos os casos contra o Brasil na jurisdição contenciosa da Corte IDH, neste momento resolvemos destacar apenas dois assuntos: as medidas cautelares envolvendo ameaças a defensores de direitos humanos e a medida cautelar no *Caso Belo Monte*.

2.1. Medidas cautelares envolvendo ameaças a defensores de direitos humanos

De acordo com um relatório da Anistia Internacional divulgado em fevereiro de 2018, o Brasil é o país das Américas onde mais se matam defensores de direitos humanos³¹⁸. Essa questão ganhou recentemente uma repercussão internacional com o assassinato de Marielle Franco (e seu motorista, Anderson Gomes), vereadora do Rio de Janeiro e defensora dos direitos humanos, em 14.03.2018. Sobre o papel desempenhado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos a respeito da matéria, vejamos a lição de Isabel Machado:

³¹⁷ A medida cautelar mais recente sobre a matéria, tratando-se do Brasil, foi a adotada no *Caso Penitenciária Evaristo de Moraes* em 07.08.2019. Essa medida cautelar foi solicitada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

³¹⁸ Anistia Internacional, Informe Anual 2017/2018: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo.

“Não há como abordar o tema das políticas públicas para defensores de direitos humanos sem mencionar o papel desempenhado pelo Direito Internacional. Cinquenta anos após a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Assembleia Geral da ONU aprovou a mencionada Declaração, voltada a identificar, proteger e promover os defensores de direitos humanos. Essa Declaração, adotada em 1998, pela Resolução 53/144 da Assembleia Geral da ONU, recebeu um título extenso: ‘Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos’ (doravante Declaração da ONU sobre Defensores de Direitos Humanos).

Se, por um lado, o formato de resolução não lhe atribuiu força jurídica vinculante em si, por outro, o instrumento sistematizou as obrigações oriundas dos tratados internacionais de direitos humanos em relação à proteção dos indivíduos e coletividades que atuam na defesa da referida bandeira (...).

De fato, a Declaração da ONU sobre os defensores de direitos humanos (1998) representa um *momentum* em que a questão efetivamente foi inserida na agenda internacional. Em âmbito regional, a preocupação foi reforçada na OEA, por meio da Resolução 1842/02, intitulada ‘Defensores de Direitos Humanos nas Américas: apoio às tarefas realizadas por pessoas, grupos e organizações da sociedade civil para a promoção e proteção dos direitos humanos nas Américas’ (OEA, 2002).

Os referidos instrumentos geraram a criação de relatores especiais, tanto no sistema onusiano quanto no sistema regional interamericano, que passaram a buscar coletar e sistematizar informações sobre a situação de extremo risco enfrentado pelos defensores e defensoras. No âmbito interno, os Estados vêm mobilizando, alguns sem muito entusiasmo, os seus poderes internos para estruturar políticas públicas de proteção aos defensores de direitos humanos (Legislativo e Executivo), tal como a política instituída pelo Brasil³¹⁹.

Para mais informações sobre o tema, remetemos o leitor para nossos comentários ao *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala* e também ao *Caso Nogueira de Carvalho e outro vs. Brasil*.

Passaremos a indicar, agora, algumas medidas cautelares recentes da CIDH envolvendo ameaças contra defensores de direitos humanos no Brasil:

- **Caso Julio Renato Lancellotti e Daniel Guerra Feitosa vs. Brasil (Resolução 11/2019 / Medida Cautelar nº 1450/18, adotada em 08.03.2019)**

Segundo o pedido, os beneficiários se encontrariam em situação de risco após receber uma série de ameaças alegadamente relacionadas com seu

³¹⁹ CAMPOS MACHADO, Isabel Penido de. *Por quem os sinos sobram: aportes da Corte Interamericana para o fortalecimento do Programa de Proteção a Defensores e Defensoras de Direitos Humanos no Brasil (PPDDH)*. In: *Direitos Humanos Fundamentais: 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e 20 anos do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as mudanças na aplicação do direito no Brasil*. Brasília: MPF, 2019, p. 120.

trabalho com a população de rua na cidade de São Paulo/SP, supostamente feitas por agentes de segurança ou cidadãos incomodados com a presença de moradores de rua. A CIDH deferiu o pedido e solicitou ao Brasil que: a) adote as medidas necessárias para proteger os direitos à vida e à integridade pessoal dos senhores Julio Renato Lancellotti e Daniel Guerra Feitosa; b) adote as medidas necessárias para garantir que Julio Renato Lancellotti possa seguir desempenhando seus trabalhos como defensor de direitos humanos sem ser objeto de ameaças, perseguições ou atos de violência no exercício dos mesmos; c) acorde as medidas a serem adotadas com os beneficiários; e d) informe sobre as ações implementadas tendentes a investigar os fatos que deram lugar a adoção da presente medida cautelar e assim evitar a sua repetição.

- **Caso Joana D'Arc Mendes vs. Brasil (Resolução 89/2018 / Medida Cautelar nº 1358/18, adotada em 07.12.2018)**

Segundo o pedido, a beneficiária se encontraria em uma situação de risco após receber uma série de ameaças alegadamente relacionadas com seu trabalho como defensora de direitos humanos e sua busca por justiça no caso do seu filho, alegadamente assassinado por policiais, assim como pelas denúncias apresentadas contra grupos de milícia. A CIDH deferiu o pedido e solicitou ao Brasil que: a) adote as medidas necessárias para proteger os direitos à vida e à integridade pessoal da senhora Joana D'Arc Mendes; c) acorde as medidas a serem adotadas com a beneficiária e sua representante; e c) informe sobre as ações implementadas tendentes a investigar os fatos que deram lugar a adoção da presente medida cautelar e assim evitar a sua repetição.

- **Caso Jean Wyllys de Matos Santos e família vs. Brasil (Resolução 85/2018 / Medida Cautelar nº 1262/18, adotada em 20.11.2018)**

Segundo o pedido, o beneficiário – Deputado do Congresso Nacional – se encontra em uma situação de risco após receber uma série de ameaças de morte por motivo de sua orientação sexual e seu trabalho desempenhado a favor da comunidade LGBTI no país. A CIDH deferiu o pedido e solicitou ao Brasil que: a) adote as medidas necessárias para proteger os direitos à vida e à integridade pessoal do senhor Jean Wyllys de Matos Santos e seu núcleo familiar; b) acorde as medidas adotadas com os beneficiários e seus representantes; e c) informe sobre as ações implementadas tendentes a investigar os fatos que deram lugar a adoção da presente medida cautelar e assim evitar a sua repetição.

- **Caso Mônica Tereza Azeredo Benício vs. Brasil (Resolução 57/2018 / Medida Cautelar nº 767/18, adotada em 01.08.2018)**

Segundo o pedido, a beneficiária se encontra em situação de risco após denunciar o assassinato de Marielle Franco, vereadora do município do Rio de Janeiro e defensora dos direitos humanos, que ocorreu em 14.03.2018. Mônica continua com o trabalho e legado de Marielle em defesa dos direitos da comunidade LGBTI, mulheres, afrodescendentes e jovens de bairros desfavorecidos. A CIDH deferiu o pedido e solicitou ao Brasil que: a) adote as medidas necessárias para proteger os direitos à vida e à integridade pessoal da senhora Mônica Tereza Azeredo Benício; b) adote as medidas necessárias para assegurar que a senhora Mônica continue exercendo suas funções de

defensora dos direitos humanos sem ser objeto de ameaças, assédio ou atos de violência no exercício de suas funções; c) acorde as medidas a serem adotadas com a beneficiária e seus possíveis representantes; e d) informe sobre as ações realizadas para investigar os fatos que levaram à adoção desta medida cautelar e, assim, evitar sua repetição.

2.2. Caso Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu vs. Brasil (“Caso Belo Monte”)

Medida cautelar deferida em 01.04.2011 e ratificada em 29.06.2011

2.2.1. Resumo do caso

O polêmico caso envolvendo a construção da usina hidrelétrica (UHE) de Belo Monte na Bacia do Rio Xingu já dura mais de 30 anos. Desde o início, os ambientalistas e as comunidades indígenas afetadas se insurgiram contra o empreendimento. O projeto envolvendo a construção da hidrelétrica existe desde o ano de 1975, quando se realizaram os primeiros estudos de inventário da bacia hidrográfica do Rio Xingu. Devido ao grande impacto ambiental causado pelo empreendimento em razão de sua dimensão, bem como pela grande quantidade de comunidades indígenas afetadas, o empreendimento da UHE de Belo Monte sempre caminhou a passos curtos, sofrendo inclusive diversas intervenções do Poder Judiciário brasileiro ao longo dos anos, como o embargo das obras, a cassação dos licenciamentos ambientais envolvendo o projeto, entre outras medidas.

Desse modo, como a construção da UHE de Belo Monte é uma obra do governo federal (considerada inclusive a maior obra do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC), a discussão envolvendo o respeito aos direitos humanos das comunidades indígenas ficou em segundo plano, comprometendo a proteção e o respeito aos direitos em âmbito nacional. Caracterizou-se a omissão da jurisdição interna em proteger as comunidades indígenas. Em novembro de 2010, em razão dos acontecimentos até então ocorridos, o Brasil foi denunciado na CIDH.

2.2.2. Pontos importantes

2.2.2.1. Descumprimento da medida cautelar pelo Brasil. Em um primeiro momento, a CIDH concedeu medida cautelar entendendo que o direito à vida e à integridade pessoal das comunidades indígenas residentes no entorno da área do Rio Xingu seriam afetados pela construção da UHE de Belo Monte. Assim, a CIDH determinou “suspender imediatamente o processo de licenciamento do projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte” e impedir “a realização de qualquer obra material de execução” até que fosse possível estabelecer condições para resguardar o mínimo existencial das comunidades indígenas afetadas. A Comissão Interamericana também determinou que se assegurasse a realização de consultas com as comunidades indígenas afetadas.

No dia 29 de julho de 2011, após ouvir a recusa do Estado brasileiro em cumprir suas determinações, a CIDH alterou o objeto da medida cautelar, deixando de fora a parte referente ao licenciamento da UHE de Belo Monte e restringindo seu conteúdo, solicitando ao Brasil que: “1) Adote medidas para proteger a vida, a saúde e a integridade pessoal

dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntário da bacia do Xingu e da integridade cultural de mencionadas comunidades, que incluam ações efetivas de implementação e execução das medidas jurídico-formais já existentes, assim como o desenho e implementação de medidas específicas de mitigação dos efeitos que terá a construção da represa Belo Monte sobre o território e a vida destas comunidades em isolamento; 2) Adote medidas para proteger a saúde dos membros das comunidades indígenas da bacia do Xingu afetadas pelo projeto Belo Monte, que incluam (a) a finalização e implementação acelerada do Programa Integrado de Saúde Indígena para a região da UHE Belo Monte (...); e 3) Garantissem a rápida finalização dos processos de regularização das terras dos povos indígenas na bacia do Xingu que estão pendentes, e adote medidas efetivas para a proteção de mencionados territórios ancestrais ante apropriação ilegítima e ocupação por não indígenas, e frente à exploração ou deterioramento de seus recursos naturais”.

Infelizmente, o Brasil ainda não assumiu a postura necessária perante a comunidade internacional quando o assunto envolve direitos humanos. O Estado brasileiro basicamente ignorou a primeira medida cautelar exarada pela Comissão Interamericana sob o argumento de que esta não seria dotada de caráter vinculante. O *Caso Belo Monte* é mais um precedente a entrar nessa triste lista de medidas descumpridas pelo Brasil envolvendo a proteção internacional dos direitos humanos.

2.2.2.2. Violação do direito de consulta e consentimento das comunidades indígenas.

Segundo o art. 6º da Convenção 169 da OIT (principal diploma normativo das comunidades indígenas no plano internacional), a população indígena possui o direito de consulta e participação antes da imposição de qualquer tipo de política pública que os possa afetar. Embora o Brasil considere que o resultado dessa consulta não seja vinculante, mas meramente opinativo³²⁰, a jurisprudência da Comissão e da Corte IDH é uníssona pela necessidade de se consultar os povos indígenas antes de qualquer imposição de política pública que possa afetá-los, bem como pelo caráter vinculante dessa consulta³²¹. Há, portanto, uma dissonância entre a jurisprudência internacional e a jurisprudência nacional.

2.2.3. Conexões com o Direito brasileiro

2.2.3.1. “Greening” e o sistema interamericano de direitos humanos. Embora a medida cautelar expedida pela CIDH vise tutelar o direito à vida e a integridade das comunidades indígenas afetadas, o *Caso Belo Monte* acaba por tutelar, ainda que de forma indireta ou “por ricochete”, interesses ambientais. Esse fenômeno de se proteger direitos de cunho ambiental nos sistemas regionais de direitos humanos, que foram concebidos em sua origem para receber denúncias ou queixas sobre violações de direitos civis e políticos, é denominado de “greening” ou “esverdeamento”. Assim, é possível afirmar que no *Caso Belo Monte* houve um verdadeiro “esverdeamento do direito à vida” ou, ainda, um “es-

³²⁰ Foi a posição firmada pelo STF no famoso *Caso Raposa Serra do Sol* (Pet 3.388).

³²¹ Para um maior aprofundamento sobre o direito de consulta, ver comentários dos casos *Comunidade Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador* (Corte Interamericana: Sentença de 27 de junho de 2012) e *Comunidade Tribal Saramaka vs. Suriname* (Corte Interamericana: Sentença de 28 de novembro de 2007).

verdeamento do direito à integridade física das comunidades indígenas”.

2.2.3.2. Normas de proteção do meio ambiente como obrigações *erga omnes*³²². Para boa parte da doutrina, as normas de proteção internacional do meio ambiente seriam verdadeiras obrigações *erga omnes*. Isso porque toda comunidade internacional possui interesse em proteger os valores ambientais. Sobre o conceito de obrigação *erga omnes* para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a lição de André de Carvalho Ramos: “Considera-se obrigação *erga omnes* a obrigação que protege valores de todos os Estados da comunidade internacional, fazendo nascer o direito de qualquer um de seus membros em ver respeitada tal obrigação”³²³.

3. Caso B. vs. El Salvador

Sentença de 29.05.2013

3.1. Resumo do caso

Trata-se do *Caso B. vs. El Salvador*, no qual a Corte IDH autorizou, em sede de medida provisória, que a sra. Beatriz (nome fictício, para preservar a intimidade da vítima), 22 anos, salvadorenha, portadora de lúpus e de problemas renais, abortasse o feto anencéfalo que carregava em seu ventre. A jovem Beatriz chegou a gravar um vídeo pedindo ao presidente de El Salvador que interviesse junto ao Judiciário salvadorenho para que permitisse a interrupção de sua gravidez. Em primeira instância, o Judiciário salvadorenho negou o pedido da sra. Beatriz. Assim, em virtude do iminente risco de vida da gestante, a Corte Interamericana foi instada a se manifestar sobre a situação e autorizou a interrupção da gravidez.

A concessão da medida provisória ocorreu no dia 29 de maio de 2013, tendo a Corte IDH resolvido:

“Requerer ao Estado de El Salvador que adote e garanta, de maneira urgente, todas as medidas que sejam necessárias e efetivas para que o grupo médico responsável pelo tratamento da senhora B. possa adotar, sem nenhuma interferência, as medidas médicas consideradas oportunas e convenientes para assegurar a devida proteção dos direitos consagrados nos artigos 4º e 5º da Convenção Americana e, deste modo, evitar danos que possam se tornar irreparáveis aos direitos à vida e à integridade pessoal e à saúde da senhora B. (...)”.

3.2. Pontos importantes

³²² As obrigações *erga omnes* foram conceituadas pela primeira vez, em *obiter dictum*, na sentença do *Caso Barcelona Traction Light Power and Company* (Bélgica vs. Espanha), 1970, Corte Internacional de Justiça, § 34. Para maiores informações sobre este tema, ver comentários do *Caso Barcelona Traction*.

³²³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

3.2.1. Convencionalidade do aborto de feto anencéfalo à luz do direito à vida da gestante. No exame do *Caso B. vs. El Salvador*, a Corte IDH autorizou a prática do aborto de feto anencéfalo. É bem verdade que a Corte Interamericana analisou a situação do aborto de feto anencéfalo apenas à luz do risco de vida da gestante. Assim, é preciso fazer uma pequena distinção entre a decisão do STF e a decisão da Corte IDH. Enquanto a decisão do STF na ADPF 54 levou em consideração determinados valores, como a dignidade da pessoa humana, a autonomia da gestante, a liberdade sexual e reprodutiva e o direito à saúde, a Corte Interamericana enfrentou a situação somente sob o prisma do direito à vida da gestante³²⁴.

3.3. Conexões com o Direito brasileiro

3.3.1. Aborto de feto anencéfalo e ADPF 54. Ao julgar a ADPF 54, o STF decidiu pela possibilidade da antecipação terapêutica do parto nos casos envolvendo o feto anencéfalo. Por meio da técnica da interpretação conforme a Constituição, o Supremo decidiu que o aborto de feto anencéfalo é uma causa de atipicidade da conduta, excluindo, portanto, qualquer responsabilidade penal. Atualmente, está pendente de julgamento no STF a possibilidade ou não da antecipação terapêutica do parto envolvendo fetos com microcefalia (ADI 5.581, rel. min. Cármen Lúcia, ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP). A controvérsia já conta com parecer do PGR pela possibilidade.

3.3.2. Interrupção da gravidez no primeiro trimestre de gestação. Ao julgar o HC 124.306, a 1ª Turma do STF mencionou a possibilidade de se admitir a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação provocada pela própria gestante ou com seu consentimento, excepcionando os arts. 124 e 126 do Código Penal, respectivamente. No entanto, cumpre ressaltar que não se trata de uma descriminalização *lato sensu* do delito de aborto. O STF analisou casuisticamente uma situação para viabilizar a necessidade ou não da manutenção da ordem judicial que determinou a prisão preventiva dos pacientes. Segundo o min. Roberto Barroso, para estar em conformidade com a Constituição Federal de 1988, a criminalização de uma conduta exige o preenchimento de três requisitos: a) o tipo penal deverá proteger um bem jurídico relevante; b) o comportamento incriminado não pode constituir exercício legítimo de um direito fundamental; e c) deve existir proporcionalidade entre a ação praticada e a reprimenda por parte do Estado. Nessa linha, para o min. Barroso, a criminalização do aborto com o consentimento da gestante nos três primeiros meses não preencheria o segundo e o terceiro requisito supracitados, já que a criminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação violaria diversos direitos da mulher, como o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos,

³²⁴ Neste sentido, também parece ser o entendimento da ONU, afinal, ao analisar o *Caso K. L. vs. Peru*, o Comitê de Direitos Humanos da ONU se deparou com uma situação envolvendo a violação pelo Estado peruano de um conjunto de dispositivos do PIDCP, em razão de ter sido negado a uma jovem o direito de praticar a antecipação terapêutica do parto após ela ter sido informada de que estava grávida de um feto anencéfalo e dos riscos a sua vida se a gravidez não fosse interrompida. A negativa dos profissionais de saúde ocorreu em virtude de o Código Penal peruano disciplinar, em seu art. 120, que a prática do aborto constitui crime, não estando o caso do feto anencéfalo entre as exceções admitidas pelo CP peruano. O *Caso K.L. vs. Peru* foi o primeiro em que um órgão especializado do sistema global direitos humanos entendeu que um Estado é responsável pela falha em assegurar às suas cidadãs o acesso ao procedimento abortivo.

o direito à autonomia, a igualdade de gênero, além de causar uma *discriminação indireta* nas mulheres da classe social mais baixa, já que estas são privadas de acesso a médicos e clínicas particulares, e não podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo, retirando da mulher da classe mais baixa a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro³²⁵. Assim, conforme decidiu a 1ª Turma do STF no HC 124.306, a criminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação viola o *núcleo duro* de um conjunto de direitos fundamentais da mulher; se realizado após o primeiro trimestre, o fato continua sendo típico.

3.3.3. Modalidades de aborto permitidas e proibidas no Direito brasileiro

Modalidades de aborto permitidas e proibidas no Direito brasileiro	
Aborto natural	Interrupção espontânea da gravidez, normalmente causada por problemas de saúde da gestante. Trata-se de um indiferente penal.
Aborto terapêutico (ou necessário)	Realizado nos casos em que a gravidez traz risco de vida à gestante. É admitido no Brasil, desde que cumpridos os seguintes requisitos: a) praticado por médico; b) risco de vida da gestante; e c) impossibilidade de uso de outro meio para salvá-la.
Aborto sentimental	Realizado nos casos em que a gravidez seja resultante de estupro. É admitido no Brasil, desde que cumpridos os seguintes requisitos: a) que o aborto seja praticado por médico; e b) que a gravidez seja resultante de estupro.
Aborto em casos de anencefalia	Interrupção da gravidez em virtude de o feto ser portador de anencefalia. Fato atípico (STF, ADPF 54).
Aborto miserável (ou econômico-social)	Praticado por razões de extrema carência financeira que resulta na impossibilidade de sustentar a vida futura. É considerado crime.
Aborto <i>honoris causa</i>	Realizado para interromper gravidez extramatrimonial. É considerado crime.
Aborto eugênico	Realizado nos casos em que há suspeita de que a criança possa nascer com defeitos físicos, mentais ou anomia (com exceção da anencefalia, que é tratada à parte). É considerado crime.
Aborto acidental	Decorre de quedas, acidentes e traumatismos em geral. Fato atípico.

³²⁵ Sobre o tema, a lição de Daniel Sarmento: “Ora, um caso típico de legislação androcêntrica no Brasil é exatamente a que trata do aborto, elaborada sem nenhuma consideração em relação aos direitos e interesses envolvidos. Ela viola a igualdade, na medida em que gera um impacto desproporcional sobre as mulheres, já que as afeta com intensidade incomparavelmente maior do que aos homens, de forma tendente a perpetuar a assimetria de poder entre os gêneros presentes em nossa sociedade. Só a mulher, quando não se conforma com a legislação proibitiva e busca o aborto, se sujeita a graves riscos à sua vida e saúde, ao submeter-se a métodos quase sempre precários de interrupção da gravidez; só ela, quando obedece a contragosto a lei, acolhendo em seu ventre e depois gerando um filho que não desejava, vê seu corpo instrumentalizado e perde as rédeas do seu próprio destino” (SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 48).

Aborto consentido pela gestante nos primeiros três meses de gestação	A 1ª Turma do STF, no julgamento do HC 124.306, não analisou a descriminalização <i>total</i> do aborto, tendo decidido apenas que a criminalização desta conduta, quando praticada nos três primeiros meses da gestação, viola direitos fundamentais da mulher.
Aborto de feto portador de microcefalia	A antecipação terapêutica do parto decorre em razão de o feto ser portador da doença conhecida como “microcefalia”. Tema pendente de julgamento no STF (ADI 5.581).

3.3.4. Violência obstétrica. Outro tema contemporâneo envolvendo os direitos humanos sexuais e reprodutivos das mulheres diz respeito à violência obstétrica, que se caracteriza pela apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, por meio do tratamento desumanizado, abuso da medicação e patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. Esse fenômeno pode ocorrer durante três momentos distintos, quais sejam, a gestação, no momento do parto ou, ainda, em situações de abortamento.

Classificação das modalidades de violência obstétrica ³²⁶		
Violência obstétrica na gestação	Violência obstétrica no momento do parto	Violência obstétrica no atendimento em situações de abortamento
Negligenciar o atendimento de qualidade.	Recusa da admissão em hospital ou maternidade (peregrinação por leito).	Negativa ou demora no atendimento à mulher em situação de abortamento.
Ofender, humilhar ou xingar a mulher ou sua família.	Impedimento da entrada do acompanhante escolhido pela mulher.	Questionamento à mulher quanto à causa do abortamento (se intencional ou não).
Negar atendimento à mulher ou impor dificuldades ao atendimento.	Cesariana sem indicação clínica e sem o consentimento da mulher.	Coação da mulher em situação de abortamento com finalidade de confissão e denúncia à polícia.
Agendar cesárea sem recomendação baseada em evidências científicas, atendendo aos interesses e conveniência do médico.	Impedir ou dificultar o aleitamento materno (impedindo amamentação na primeira hora de vida, afastando o recém-nascido de sua mãe, deixando-o em berçários onde são introduzidas mameiras, chupetas etc.).	Ameaças, acusação e culpabilização da mulher.

³²⁶ Estruturamos esse quadro a partir de diversas cartilhas encontradas na internet sobre violência obstétrica.

3.3.5. Teoria do direito de não nascer e sua inaplicabilidade no direito brasileiro. A *teoria do direito de não nascer* surgiu na França no emblemático *Caso Affaire Perruche*, no qual a Corte de Cassação do Estado francês reconheceu a violação do “direito de não nascer”, ao assegurar ao menino Nicolas Perruche, representado pelos seus genitores, uma indenização pelo fato de ter nascido surdo, cego e com transtorno mental severo. Um erro de diagnóstico realizado pelos médicos deixou de detectar as anomalias do feto, o que impediu a mãe da criança de interromper a gestação de forma voluntária, uma vez que este era o seu desejo declarado caso fosse detectada qualquer anomalia fetal. Diante desse fato, a Corte de Cassação Francesa reconheceu a situação denominada *vida injusta* (*wrongful life*), responsabilizando os profissionais da saúde pela não notificação dos pais da criança acerca da existência de problemas de saúde do feto, afinal, uma vez diagnosticados tais problemas de saúde do feto, os pais da criança teriam optado pelo “direito de não nascer”, evitando o nascimento de um indivíduo com sérios problemas de saúde. Sobre a violação do direito de não nascer, a doutrina divide em duas as ações que podem ser propostas para a reparação³²⁷:

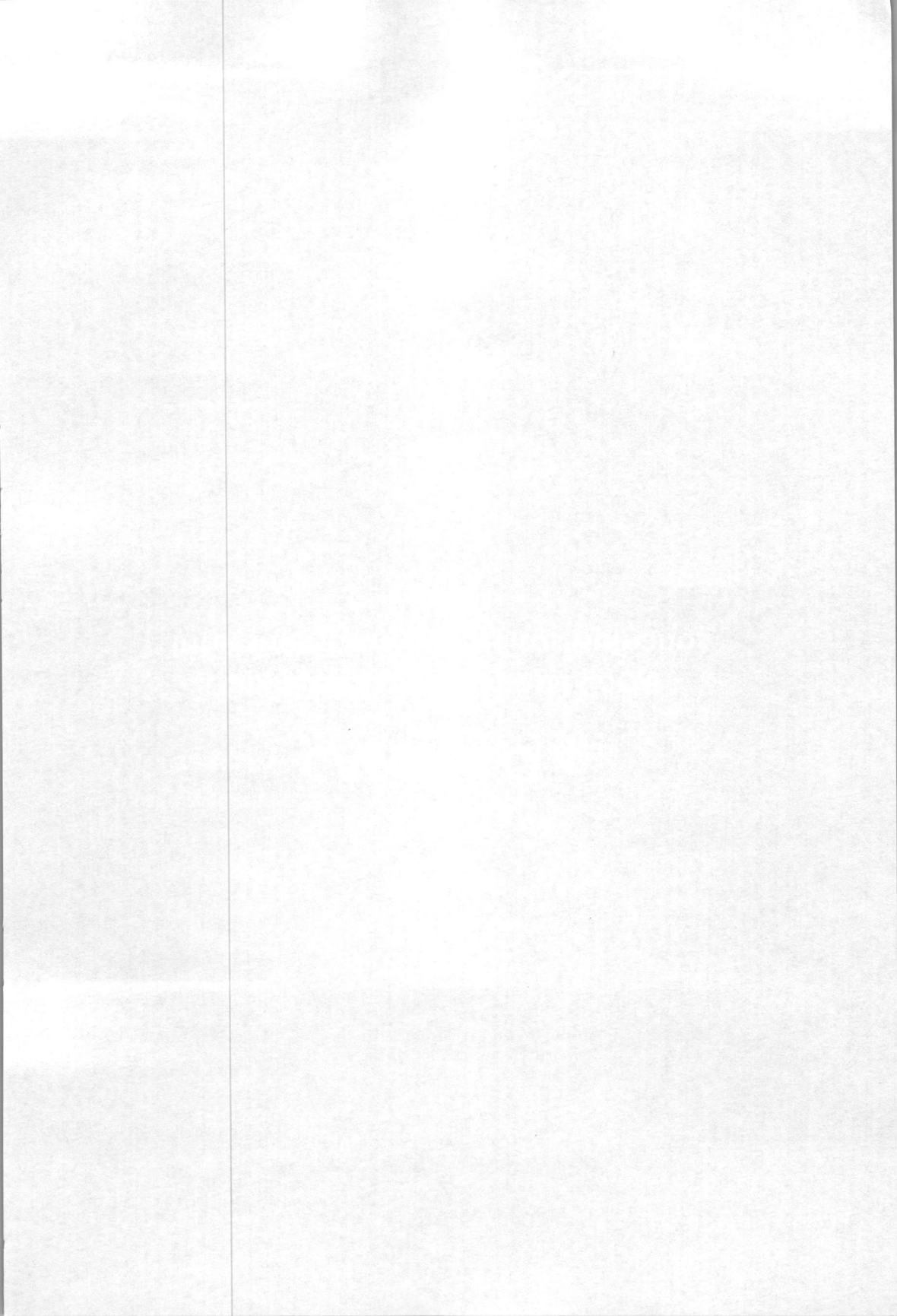
Ação para reparação no caso de violação do direito de não nascer	
Ação de nascimento injusto (<i>wrong birth actions</i>)	Trata-se de uma ação judicial proposta pelos pais em virtude de não terem sido informados acerca das doenças e anomalias que o feto possuía, estando privados do direito de optar pela interrupção da gestação.
Ação de vida injusta (<i>wrongful life</i>)	Trata-se de uma ação judicial proposta pelo próprio menor privado de uma vida saudável, uma vez que terá de conviver com doenças e limitações, tudo isso em razão da ausência de comunicação acerca das suas doenças, ainda no momento da gestação, aos seus pais.

Por fim, conforme já exposto nos comentários deste precedente, o Brasil não admite a prática do aborto eugênico, o que impossibilita a aplicação da *teoria do direito de não nascer* no ordenamento jurídico brasileiro, vigorando aqui o *direito de nascer*, ressalvadas as exceções previstas no Código Penal ou admitidas pelo STF.

³²⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. As *wrongactions* no início da vida (*wrongfulconception*, *wrongfulbirth* e *wrongfullife*) e a responsabilidade médica. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, n. 21, 2010, p. 61-99. Ainda sobre este tema, ver: CAMARGO, Caroline Leite; ARÊA JÚNIOR, Teófilo Marcelo Leão. *Teoria do “direito de não nascer” e a sua aplicação no direito civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1eff77814e0b3238>>.

CAPÍTULO 4

**Opiniões Consultivas da Corte
Interamericana de Derechos Humanos**



CAPÍTULO 4

OPINIÕES CONSULTIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Nota explicativa sobre a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Previsão normativa, finalidade e alcance das opiniões consultivas

A competência da Corte IDH para emitir opiniões consultivas (ou pareceres consultivos) está prevista nos artigos 64 e 65 da CADH e nos artigos 70 a 75 do seu Regulamento. A competência consultiva pode ser considerada um *serviço* que a Corte presta a todos os Estados-membros da OEA com o objetivo de *coadjuvar* o cumprimento de seus compromissos internacionais sobre direitos humanos³²⁸. Assim, conforme já afirmou a própria Corte IDH, o propósito central da função consultiva é obter uma interpretação judicial sobre uma ou várias disposições da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, cumprindo as opiniões consultivas, portanto, a função própria de um *controle de convencionalidade preventivo*³²⁹.

Em outra ocasião, a Corte IDH ressaltou que a CADH, ao permitir aos Estados-membros e aos órgãos da OEA solicitar opiniões consultivas, cria um *sistema paralelo* ao do art. 62 e oferece um método judicial alternativo de caráter consultivo, destinado a ajudar os Estados e órgãos a cumprir e aplicar os tratados em matéria de direitos humanos, sem submetê-los ao formalismo e ao sistema de sanções que caracteriza o processo contencioso³³⁰.

Conforme a Corte IDH afirmou já em sua primeira opinião consultiva, a CADH conferiu à Corte a mais ampla função consultiva já confiada a um tribunal internacional, seja pela quantidade de legitimados para solicitar a consulta, seja pelo alcance dos tratados que podem ser objeto da consulta³³¹. No âmbito da Corte Internacional de Justiça, por exemplo, os Estados-membros da ONU não possuem legitimidade para solicitar uma opinião consultiva³³². Mais restrita ainda é a competência consultiva do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que somente pode ser ativada a pedido do Comitê de Ministros;

³²⁸ Corte IDH, OC-1/1982, § 39, e OC-21/2014, § 28.

³²⁹ Corte IDH, OC-22/2016, § 26.

³³⁰ Corte IDH, OC-3/1983, § 43.

³³¹ Corte IDH, OC-1/1982, § 14.

³³² Nesse sentido, o art. 96 da Carta das Nações Unidas:

“1. A Assembléia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica.

2. Outros órgãos das Nações Unidas e entidades especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembléia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos da Corte sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades”.

além disso, os assuntos que podem ser discutidos são muito limitados³³³.

A amplitude da competência consultiva da Corte IDH não se confunde, porém, com uma ausência de limites³³⁴. Nesse sentido, a Corte já teve a oportunidade de assentar que o pedido de opinião consultiva: a) não pode ter como objetivo determinar o alcance dos compromissos internacionais assumidos por Estados que não sejam membros do sistema interamericano³³⁵; b) não pode buscar a interpretação das normas que regulam a estrutura ou o funcionamento de órgãos ou organismos internacionais alheios ao sistema interamericano³³⁶; c) não deve disfarçar um caso contencioso ou pretender de forma prematura um pronunciamento sobre um tema ou assunto que poderá eventualmente ser submetido à Corte através de um caso contencioso³³⁷; d) não deve ser utilizada como um mecanismo para obter um pronunciamento indireto sobre um assunto em litígio ou em controvérsia a nível interno³³⁸; e) não deve ser utilizada como um instrumento de um debate político interno³³⁹; f) não deve abranger, exclusivamente, temas sobre os quais a Corte já tenha se pronunciado em sua jurisprudência³⁴⁰; g) não deve procurar a resolução de questões de fato, mas sim buscar o sentido, o propósito e a razão das normas internacionais sobre direitos humanos e, sobretudo, coadjuvar os Estados membros e os órgãos da OEA para que cumpram de maneira efetiva suas obrigações internacionais³⁴¹; e h) não deve partir de especulações abstratas, sem uma previsível aplicação a situações concretas que justifiquem o interesse de que seja emitida uma opinião consultiva³⁴². Sobre essa questão, a Corte IDH já esclareceu, porém, que o mero fato de que existam casos contenciosos relacionados com o tema da consulta ou petições ante a CIDH não basta para que se inviabilize o pedido de opinião consultiva³⁴³.

³³³ Nesse sentido, o art. 47 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos:

“1. A pedido do Comitê de Ministros, o Tribunal pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos.

2. Tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comitê de Ministros.

3. A decisão do Comitê de Ministros de solicitar um parecer ao Tribunal será tomada por voto majoritário dos seus membros titulares”.

³³⁴ Corte IDH, OC-1/1982, § 14.

³³⁵ Corte IDH, OC-1/1982, § 21.

³³⁶ Corte IDH, OC-1/1982, § 21.

³³⁷ Corte IDH, OC-16/1999, § 45; OC-25/2018, § 46; Resolução da Corte IDH de 24.06.2005 sobre solicitação de OC apresentada pela CIDH, sexto considerando.

³³⁸ Corte IDH, OC-25/2018, § 46; Resolução da Corte IDH de 10.05.2005 sobre solicitação de opinião consultiva apresentada pela Costa Rica, décimo terceiro considerando.

³³⁹ Corte IDH, OC-25/2018, § 46; Resolução da Corte IDH de 10.05.2005 sobre solicitação de opinião consultiva apresentada pela Costa Rica, décimo primeiro considerando.

³⁴⁰ Corte IDH, OC-25/2018, § 46.

³⁴¹ Corte IDH, OC-25/2018, § 46.

³⁴² Corte IDH, OC-25/2018, § 47; OC-24/2017, § 20.

³⁴³ Corte IDH, OC-25/2018, § 51.

Segundo a Corte IDH, esses critérios não formam uma lista exaustiva nem tampouco constituem limites infranqueáveis, correspondendo à Corte avaliar em cada caso solicitação concreta a pertinência de exercer sua função consultiva³⁴⁴.

Desde a sua instalação, em 1979, a Corte IDH rejeitou apenas cinco pedidos de opinião consultiva, sendo que entre eles destacamos a solicitação apresentada pelo Secretário-Geral da OEA, por meio da qual pediu à Corte que indicasse os critérios limitadores dos *juízos políticos*, referindo-se especificamente – para demandar mais urgência na apreciação – ao caso do *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff. A Corte IDH rejeitou o pedido nos seguintes termos:

“(...) a Corte estima que a emissão da opinião consultiva solicitada poderia constituir um pronunciamento prematuro sobre o tema ou assunto em questão, que poderá ser submetido posteriormente no marco de um caso contencioso. Adicionalmente, considera que uma resposta à consulta apresentada poderá implicar pronunciar-se sobre um assunto que ainda não foi resolvido a nível interno. Assim, a Corte também tem presente que a solicitação de consulta em exame apresenta uma daquelas situações nas quais se desvirtuaria o propósito e o conteúdo da função consultiva com que foi investida este Tribunal pelo artigo 64.1 da Convenção Americana”³⁴⁵.

Características do procedimento consultivo

O procedimento consultivo tem características e lógicas próprias, distintas das que vigoram no procedimento contencioso, e isso porque: a) trata-se de uma competência obrigatória, ativada automaticamente com a ratificação pelo Estado nos termos da CADH; e b) não há partes (demandante e demandado), sentença nem tampouco sanções e reparações, mas apenas a emissão de uma opinião consultiva³⁴⁶, possuindo, então, o caráter multilateral e não litigioso³⁴⁷.

Objeto da consulta

O pedido de opinião consultiva à Corte IDH pode ter como objeto tanto (1) a interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, o que denominaremos de *opinião consultiva de interpretação*, quanto (2) o exame de compatibilidade entre qualquer lei interna e os mencionados instrumentos internacionais, o que denominaremos de *opinião consultiva de compatibilidade*.

³⁴⁴ Corte IDH, OC-25/2018, § 46.

³⁴⁵ Resolução da Corte IDH de 23.06.2016 sobre solicitação de opinião consultiva apresentada pelo Secretário-Geral da OEA, § 7º. Sobre a rejeição de pedidos de opinião consultiva pela Corte IDH, cf. PAÚL, Álvaro. *Rechazo de solicitudes de opinión consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, enero-mayo 2017, vol. 8, nº 1.

³⁴⁶ Corte IDH, OC-15/1997, voto do juiz Cançado Trindade, § 23, e OC-3/1983, § 22.

³⁴⁷ Corte IDH, OC-15/1997, § 26.

Opinião consultiva de interpretação

A *opinião consultiva de interpretação* está prevista no art. 64.1 da CADH, que assim dispõe:

“Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires”.

Assim, são legitimados para solicitar uma *opinião consultiva de interpretação* os Estados membros da OEA (independentemente de terem ratificado a CADH) e os órgãos previstos no art. 53 da Carta da OEA, que são os seguintes: a) a Assembleia-Geral; b) a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; c) os Conselhos; d) a Comissão Jurídica Interamericana; e) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos; f) a Secretaria-Geral; g) as Conferências Especializadas; e h) os Organismos Especializados. Conforme se pode notar, os indivíduos não possuem legitimidade para solicitar uma *opinião consultiva de interpretação* à Corte IDH.

A respeito da legitimidade dos Estados membros da OEA, apenas o Chefe do Poder Executivo nacional ou quem ele designar – o Ministro das Relações Exteriores, por exemplo – pode exercê-la, não havendo que se falar em legitimidade de representantes do Poder Legislativo nem do Poder Judiciário³⁴⁸. Ainda sobre o assunto, a Corte IDH já se manifestou no sentido de que os Estados membros da OEA possuem um *direito absoluto* de pedir opiniões consultivas, deles não se exigindo a comprovação de um *legítimo interesse institucional*.

Por outro lado, segundo a interpretação da Corte IDH acerca do art. 64.1 da Convenção, o direito dos órgãos da OEA de pedir uma *opinião consultiva de interpretação* não é absoluto e se restringe aos assuntos nos quais tais órgãos tenham um *legítimo interesse institucional*³⁴⁹. Esse entendimento da Corte passou a constar do seu Regulamento³⁵⁰. No entanto, a Corte IDH ressalva a situação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, em razão dos amplos poderes que o art. 112 da Carta da OEA lhe confere

³⁴⁸ LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed. San José, CR: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 962-963. A Corte IDH observou o seguinte na OC-4/1984: “Deve notar-se que a presente solicitação foi inicialmente feita à Corte por uma Comissão da Assembleia Legislativa, que não é uma daquelas entidades governamentais autorizadas para atuar pela Costa Rica no plano internacional. Posteriormente o Ministério de Relações Exteriores fez a solicitação formal, seguida de uma comunicação do Ministro da Justiça, dando informação relevante sobre a mesma, a qual permitiu à Corte tomar conhecimento sobre o assunto” (§ 11).

³⁴⁹ Corte IDH, OC 2/1982, § 14.

³⁵⁰ Prevê o Regulamento da Corte IDH que “Se o pedido de parecer consultivo é de outro órgão da OEA diferente da Comissão, deverá precisar (...) de que maneira a consulta se refere à sua esfera de competência” (art. 70.3). No mesmo sentido, o art. 71.2 do Regulamento.

em relação à promoção e observância dos direitos humanos, possui – assim como os Estados membros da OEA – *um direito absoluto de pedir opiniões consultivas de interpretação*³⁵¹.

Ainda no tocante à opinião consultiva de interpretação, se o tratado a que se pretende obter da Corte IDH uma opinião consultiva for a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), além dos Estados-membros e dos órgãos da OEA, mostra-se como legitimada também a Comissão Interamericana de Mulheres (Convenção de Belém do Pará, art. 11), organismo especializado interamericano, de caráter permanente, criado de acordo com a Carta da OEA³⁵².

Analisemos agora quais tratados podem ser submetidos à *opinião consultiva de interpretação*. Segundo o art. 64.1 da CADH, podem ser objeto de uma *opinião consultiva de interpretação* a própria Convenção Americana e qualquer outro tratado concernente à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Sobre a Convenção, a Corte IDH já afirmou que tem competência para emitir opinião consultiva sobre todas as suas disposições, inclusive aquelas relativas à sua entrada em vigor³⁵³. Já no que diz respeito aos *tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos*, esse foi o tema da primeira opinião consultiva solicitada à Corte IDH, ocasião em que o Peru formulou as seguintes indagações:

“Como deve ser interpretada a frase: ‘ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos’?

Esta frase se refere e compreende:

- a. Somente os tratados adotados dentro do marco ou sob os auspícios do Sistema Interamericano?; ou
- b. Os tratados concluídos unicamente entre Estados Americanos, ou seja, que a referência está limitada aos tratados em que são partes exclusivamente Estados Americanos?; ou
- c. Todos os tratados nos quais um ou mais Estados Americanos sejam partes?”³⁵⁴.

Após algumas considerações introdutórias, a Corte IDH inicia a abordagem do mérito da consulta formulada pelo Peru ressaltando que a amplitude dos termos do art. 64 da CADH não pode se confundir com a ausência de limites à função consultiva, pois a Corte se apresenta no contexto da proteção internacional de direitos humanos como uma instituição judicial do sistema interamericano, e não como um tribunal de alcance *universal*³⁵⁵. Com isso, a Corte prossegue esclarecendo que embora não exista uma limitação

³⁵¹ Corte IDH, OC 2/1982, § 16. Ledesma defende que, considerando as amplas competências que a Carta da OEA atribui à Assembleia-Geral, esta poderia receber o mesmo tratamento conferido à CIDH pela Corte (*El Sistema Interamericano...*, p. 964).

³⁵² Para conhecer mais sobre a Comissão Interamericana de Mulheres (CIM), o seu Estatuto pode ser consultado em: https://www.oas.org/xxxvga/portuguese/doc_referencia/Estatuto_CIM.pdf

³⁵³ Corte IDH, OC-2/1982, § 13.

³⁵⁴ Corte IDH, OC-1/1982, § 8º.

³⁵⁵ OC-1/1982, §§ 18 e 19.

geográfica no que diz respeito a quais tratados podem ser submetidos à sua jurisdição consultiva – bastando que eles repercutam no continente americano –, há certamente uma limitação de conteúdo, não podendo a Corte IDH opinar sobre o alcance de compromissos internacionais assumidos por Estados que não sejam membros do sistema interamericano ou interpretar normas que regulam a estrutura ou o funcionamento de órgãos internacionais alheios à ele³⁵⁶. Assim, a Corte não poderia, por exemplo, emitir opinião consultiva acerca da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos nem a respeito do funcionamento do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

Em resumo, a Corte aceitou a amplitude do art. 64 da CADH e não excluiu nenhum tratado da sua jurisdição consultiva, tendo apenas se reservado no direito de – fundamentalmente – abster-se de responder a um pedido de opinião consultiva que ela considere contrário aos fins da CADH. Vejamos como a Corte IDH concluiu a sua primeira opinião consultiva:

“(…) que a competência consultiva da Corte pode ser exercida, em geral, sobre toda disposição, concernente à proteção dos direitos humanos, de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados americanos, independentemente de que seja bilateral ou multilateral, de qual seja seu objeto principal ou de quem sejam ou possam ser partes do mesmo Estados alheios ao sistema interamericano.

(…) que, por razões determinantes que expressará em decisão motivada, a Corte poderá abster-se de responder uma consulta se aprecia que, nas circunstâncias do caso, a petição excede dos limites de sua função consultiva, seja porque o assunto apresentado concerne principalmente a compromissos internacionais contraídos por um Estado não americano ou à estrutura ou funcionamento de órgãos ou organismos internacionais alheios ao sistema interamericano, seja porque o trâmite da solicitação possa conduzir a alterar ou a debilitar, em prejuízo do ser humano, o regime previsto pela Convenção; seja por outra razão análoga”³⁵⁷.

Em seu repertório jurisprudencial consultivo, a Corte IDH já emitiu interpretação sobre tratados internacionais produzidos fora do sistema interamericano, como a Convenção de Viena sobre Relações Consulares³⁵⁸; a Convenção da ONU sobre Direitos da Criança³⁵⁹; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³⁶⁰; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes³⁶¹; e a Con-

³⁵⁶ OC-1/1982, §§ 20 e 21.

³⁵⁷ OC-1/1982, § 52.

³⁵⁸ OC-16/1999, *O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal*.

³⁵⁹ OC-17/2002, *Condição jurídica e direitos humanos da criança*; e OC 21/2014, *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*.

³⁶⁰ OC-25/2018, *A instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no Sistema Interamericano de Proteção (interpretação e alcance dos artigos 5º, 22.7 e 22.8, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*.

³⁶¹ OC-25/2018, *A instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no Sistema Interamericano*

venção sobre o Estatuto dos Refugiados³⁶². Quando a Corte IDH emite opinião consultiva sobre tratados de direitos humanos adotados em sistema internacional de proteção diverso do interamericano, a sua competência consultiva naturalmente não atinge as obrigações de proteção de direitos humanos que correspondam a Estados alheios ao sistema interamericano, ainda quando sejam partes do tratado objeto de interpretação³⁶³.

Ainda sobre a amplitude do objeto da *opinião consultiva de interpretação*, a Corte IDH também já reconheceu a sua competência para interpretar a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que, mesmo não tendo a natureza jurídica de um tratado, contém e define aqueles direitos humanos referidos na Carta da OEA, podendo a Declaração, portanto, ser objeto de opinião quando isso seja necessário para que a Corte interprete disposições da CADH ou da Carta da OEA³⁶⁴.

Opinião consultiva de compatibilidade

A *opinião consultiva de compatibilidade* está prevista no art. 64.2 da CADH, que assim dispõe:

A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Assim, somente os Estados membros da OEA podem solicitar uma *opinião consultiva de compatibilidade*, tratando-se, portanto, de um rol de legitimados mais restrito do que aquele estabelecido para a *opinião consultiva de interpretação*.

No que diz respeito ao objeto da *opinião consultiva de compatibilidade*, a Corte IDH interpreta a expressão “leis internas” no seu sentido mais amplo, entendendo que ela abrange toda legislação nacional e todas as normas jurídicas de qualquer natureza, incluindo disposições constitucionais³⁶⁵. Ainda sobre o objeto da *opinião consultiva de compatibilidade*, a Corte IDH entende que pode ser consultada também sobre a compatibilidade de projetos de lei ou de emenda constitucional, sob pena de obrigar os Estados a primeiro aprovarem uma lei possivelmente contrária a tratados internacionais concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos para, somente depois, solicitarem a opinião consultiva. Nesse sentido:

“Qualquer intenção de entender o significado do artigo 64.2 no sentido de que se refere somente a leis vigentes, isto é, a leis cujo processo de formação

de Proteção (interpretação e alcance dos artigos 5º, 22.7 e 22.8, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

³⁶² OC-25/2018, *A instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no Sistema Interamericano de Proteção* (interpretação e alcance dos artigos 5º, 22.7 e 22.8, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

³⁶³ Corte IDH, OC-25/2018, § 30.

³⁶⁴ OC-10/1989, §§ 43 e 44.

³⁶⁵ Corte IDH, OC-4/1984, § 14.

tenha sido concluído, teria como consequência que os Estados não poderiam solicitar, segundo essa disposição, opiniões consultivas sobre projetos legislativos. Os Estados estariam, assim, obrigados a cumprir todo o procedimento de direito interno para a formulação de leis, antes de poder solicitar a opinião da Corte sobre sua compatibilidade com a Convenção ou outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.

(...)

Abster-se, consequentemente, de atender a solicitação de um Governo porque se trata de 'projetos de lei' e não de leis formadas e em vigor, poderia, em alguns casos, equivaler a forçar o dito Governo à violação da Convenção mediante a adoção formal e possivelmente a aplicação da medida legislativa, para logo ir à Corte em busca da opinião. Este critério não ajuda a 'dar efeito' à norma, isto é, não ajuda na proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos seres humanos

(...)

Diante da consideração anterior, a Corte estima que uma interpretação restritiva do artigo 64.2 que conduzisse a que os Estados somente pudessem invocá-lo para solicitar opiniões consultivas sobre leis vigentes, limitaria indevidamente o serviço consultivo da Corte³⁶⁶.

E a Corte IDH esclarece, ainda, que a sua conclusão não deve ser entendida no sentido de que está obrigada a exercer a competência consultiva para examinar qualquer projeto legislativo, mas sim que o mero fato de tratar-se de um projeto legislativo não basta para interditar o exercício dessa competência³⁶⁷. Na sequência, a Corte ressalta que:

"Ao decidir acerca da admissibilidade de solicitações de opinião consultiva sobre propostas legislativas como tais e não sobre leis vigentes, a Corte deve analisar cuidadosamente a solicitação para determinar, entre outras coisas, se seu propósito é ajudar o Estado solicitante a cumprir melhor com suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Para tal propósito, a Corte deve atuar cuidadosamente para assegurar-se de que sua jurisdição consultiva nestes casos não seja utilizada como instrumento de um debate político com o fim de afetar o resultado do processo legislativo interno. A Corte, em outras palavras, não deve imiscuir-se em disputas políticas internas que poderiam afetar o papel que a Convenção lhe atribui"³⁶⁸.

Finalmente, de acordo com o art. 64.2 da CADH, o parâmetro da *opinião consultiva de compatibilidade*, isto é, a norma com a qual será analisada a compatibilidade da lei interna, pode ser tanto a Convenção como qualquer tratado concernente à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

³⁶⁶ Corte IDH, OC-4/1984, §§ 18, 26 e 28.

³⁶⁷ Corte IDH, OC-4/1984, § 29.

³⁶⁸ Corte IDH, OC-4/1984, § 30.

Requisitos que devem ser observados na apresentação do pedido de opinião consultiva

O pedido de opinião consultiva deve obedecer aos requisitos formais previstos no Regulamento da Corte.

Assim, tratando-se de *opinião consultiva de interpretação* de termos da CADH, o solicitante deve, de acordo com o art. 70 do Regulamento: a) formular com precisão as perguntas; b) especificar as disposições que devem ser interpretadas; c) indicar as considerações que a originaram; e d) informar o nome e endereço do Agente ou dos Delegados que comparecerão no procedimento perante a Corte. Se o pedido de opinião consultiva é apresentado por outro órgão da OEA diverso da Comissão Interamericana, há, conforme já vimos anteriormente, um requisito adicional: indicar de que maneira a consulta se refere à sua esfera de competência (o denominado *legítimo interesse institucional*). Por outro lado, tratando-se de *opinião consultiva de interpretação* de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, o solicitante ainda deve, nos termos do art. 71 do Regulamento, cumprir com um requisito adicional, consistente na identificação do tratado e suas respectivas partes que serão objeto da interpretação.

Finalmente, cuidando-se de *opinião consultiva de compatibilidade*, o solicitante deve, de acordo com o art. 72 do Regulamento da Corte IDH, além de instruir o pedido de cópia das disposições internas a que se refere a consulta, indicar: a) as disposições de direito interno, bem como as da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos que são objeto da consulta; b) as perguntas específicas sobre as quais se pretende obter o parecer da Corte; e c) o nome e endereço do Agente do solicitante.

Sobre o requisito formular as perguntas com precisão, a Corte IDH entende que não está adstrita aos termos literais empregados pelo solicitante, podendo esclarecer e em alguns casos até mesmo reformular as perguntas apresentadas com o objetivo de determinar com clareza o objeto substancial de seu trabalho consultivo³⁶⁹.

Procedimento para emissão da opinião consultiva

O procedimento para emissão da opinião consultiva está previsto no art. 73 do Regulamento da Corte IDH, desenvolvendo-se em cinco fases, quais sejam: a) admissibilidade; b) notificação da consulta; c) observações escritas; d) audiência pública; e e) pronunciamento da Corte.

A fase de admissibilidade não consta expressamente do art. 73 do Regulamento da Corte IDH, mas integra o procedimento, podendo a Corte, de forma fundamentada, decidir – a qualquer momento – por não dar trâmite ao pedido de opinião consultiva³⁷⁰.

A segunda fase, da notificação da consulta, está prevista no art. 73.1 do Regulamento da Corte, que assim estabelece: “Uma vez recebido um pedido de parecer consultivo, o Secretário enviará cópia deste a todos os Estados membros, à Comissão, ao Conselho

³⁶⁹ Corte IDH, OC-25/2018, § 55.

³⁷⁰ Corte IDH, OC-25/2018, § 17.

Permanente por intermédio da sua Presidência, ao Secretário Geral e aos órgãos da OEA a cuja esfera de competência se refira o tema da consulta, se for pertinente”.

A terceira fase consiste nas observações escritas dos interessados, que podem ser tanto os Estados membros e os órgãos da OEA quanto entidades, organizações não governamentais, associações internacionais, organismos estatais e até mesmo pessoas, que, mediante convite ou autorização da Presidência da Corte IDH, atuam no procedimento consultivo como *amicus curiae*. Nesse sentido, prevê o art. 73.3 do Regulamento que “A Presidência poderá convidar ou autorizar qualquer pessoa interessada para que apresente sua opinião por escrito sobre os itens submetidos a consulta”. Como exemplo relacionado ao Brasil, citamos a OC-24/2017, sobre o tema *Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo*, em que atuaram como *amicus curiae* as Defensorias Públicas da União e do Estado do Rio de Janeiro, assim como o jurista Pablo Stolze, que compareceu perante a Corte IDH na condição de professor da Universidade Federal da Bahia. O prazo para que os interessados enviem suas observações escritas é fixado pela Presidência da Corte IDH (Regulamento, art. 73.2).

Concluído o procedimento escrito, passa-se para a quarta fase, que diz respeito à audiência pública. De acordo com o art. 73.4 do Regulamento, a Corte IDH decide sobre a conveniência ou não de realizar o procedimento oral e designar a audiência pública, no que o procedimento consultivo se distingue do procedimento contencioso, já que neste a fase oral é obrigatória. Ainda nos termos do mesmo dispositivo do Regulamento, tratando-se de *opinião consultiva de compatibilidade*, antes de decidir sobre a realização do procedimento oral, a Corte IDH deve ouvir o Agente do Estado solicitante.

A última fase do procedimento consultivo ocorre com a emissão da opinião, que deve obedecer aos preceitos dos artigos 67 e 75 do Regulamento da Corte IDH. A sessão deliberativa para discutir e aprovar a opinião consultiva ocorre em privado. Os juízes que tenham participado da emissão da opinião consultiva podem, de forma fundamentada, apresentar voto concordante ou dissidente. Conforme dispõe o art. 75.2 do Regulamento da Corte IDH, a opinião consultiva deve conter: a) o nome de quem presidir a Corte e dos demais juízes que o tiverem emitido, do Secretário e do Secretário Adjunto; b) os assuntos submetidos à Corte; c) uma relação dos atos do procedimento; d) os fundamentos do direito; e) o parecer da Corte; e f) a indicação de qual é a versão autêntica do parecer.

Finalmente, uma última questão procedimental: se o solicitante da opinião consultiva decide retirá-la, a Corte IDH fica impedida de exercer a sua competência consultiva? Esse incidente ocorreu no processamento da OC-15/1997, em que o Estado solicitante (Chile) decidiu retirá-la. A Corte IDH, no entanto, entendeu que o solicitante da opinião consultiva não é o único titular de um *interesse legítimo* no resultado do procedimento, assentando, então, que a desistência ou retirada manifestada pelo solicitante não a impede de exercer a sua competência consultiva³⁷¹. Sobre a questão, vejamos a lição do juiz Cançado Trindade em seu voto apresentado na OC-15/1997:

“Sempre há a possibilidade de que o interesse de algum Estado possa ser afetado, de um modo ou de outro, pela interpretação dada numa deter-

³⁷¹ Corte IDH, OC-15/1997, §§ 25 e 26.

minada Opinião Consultiva; precisamente por isso se faculta aos Estados resguardar seus interesses mediante a plena participação, a eles assegurada, no procedimento consultivo, para submeter à Corte seus pontos de vista sobre a matéria em exame (...). A Corte, por sua vez, não tem porque se preocupar com as motivações que porventura hajam inspirado uma solicitação de opinião consultiva, ou a retirada subsequente da solicitação ou, ainda, a reconsideração da retirada. Sua única preocupação deve ser com o fiel exercício da importante função consultiva que lhe atribui o artigo 64 da Convenção Americana.

Tendo presente o que assinala a jurisprudência internacional sobre a matéria, uma questão submetida ao exame da Corte Interamericana na forma de uma solicitação de Opinião Consultiva não deve acarretar a inibição do Tribunal pelo só fato de estar envolvida de alguma controvérsia. Pelo contrário, com maior razão deve a Corte Interamericana exercer a sua função consultiva para esclarecer a questão e, por esse meio, abrir caminho para uma aplicação mais eficaz da Convenção Americana. (...)

Do anteriormente exposto, resulta, ao meu juízo, inteiramente descartada a tese do consentimento do Estado ou órgão individual interessado como base da competência consultiva de um tribunal internacional como a Corte Interamericana. (...)

Não estando o exercício da competência consultiva de um tribunal internacional como a Corte Interamericana condicionado ao consentimento individual de cada Estado, não há como sustentar que o exercício de tal competência afete a soberania estatal, noção esta, ademais, alheia ao domínio da proteção internacional dos direitos humanos (...).

Ao solicitar uma Opinião Consultiva de um tribunal internacional (dotado de competência para tal), o Estado ou o órgão solicitante *não* se apresenta ou se afirma como 'parte demandante', mas tão só desencadeia um procedimento consultivo que existe em benefício de todos os Estados Partes, e não somente do Estado ou órgão solicitante. Este último põe em movimento um procedimento destinado a esclarecer questões jurídicas, em benefício de todos os Estados Partes, além dos órgãos do sistema de proteção.

É certo que um tribunal internacional não pode *ex officio* emitir uma Opinião Consultiva, *sponte sua*, pois isso equivaleria a transformar-se, *ultra vires*, em um legislador internacional. Ninguém ousaria lhe atribuir tal faculdade, que não tem. Porém, um tribunal como esta Corte, uma vez consultado, por um Estado ou um órgão internacional, assume jurisdição sobre o assunto, e pode e deve determinar *ex officio* se emitirá ou não a Opinião Consultiva solicitada, ainda que a solicitação tenha sido retirada.

(...) Dita função consultiva, em resumo, subsiste, independentemente do comportamento subsequente do Estado ou órgão solicitante. Este último, ao formular a consulta, põe em movimento um procedimento consultivo que existe em benefício de todos os Estados Partes, e que não está condicionado ao consentimento individual do solicitante³⁷².

³⁷² OC-15/1997, voto do juiz Cançado Trindade, § 26 e seguintes.

Efeito jurídico das opiniões consultivas

O efeito jurídico das opiniões consultivas ainda gera intensa discussão doutrinária³⁷³. Para a Corte IDH, embora as suas opiniões consultivas não tenham o mesmo efeito vinculante reconhecido para suas sentenças em matéria contenciosa³⁷⁴, elas possuem efeitos jurídicos inegáveis³⁷⁵. Essa força das opiniões consultivas decorre, segundo o entendimento da doutrina, da autoridade científica e moral da Corte³⁷⁶.

O entendimento da Corte IDH sobre o efeito jurídico da sua competência consultiva não nos parece adequado, e isso porque não há nenhum dispositivo na CADH que autorize essa conclusão. A nosso ver, a Corte IDH, como soberana e última intérprete da Convenção, e como instituição judicial a quem também foi incumbida a função de interpretar os tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, emite opiniões consultivas com efeito vinculante para os Estados-partes da Convenção, independentemente de estes terem solicitado ou participado do procedimento consultivo; para os Estados-membros da OEA que não ratificaram a Convenção, a opinião consultiva terá o denominado *efeito jurídico inegável*, mas nos parece difícil sustentar o seu efeito vinculante, já que a Corte IDH é um órgão da CADH, ainda que possa emitir opinião consultiva a pedido de Estados-membros e órgãos da OEA. Nesse sentido, vejamos a lição de Ledesma:

“(...) as chamadas *opiniones consultivas* da Corte Interamericana de Derechos Humanos não só estão dotadas da autoridade do órgão do qual emanam, mas também de um efeito jurídico vinculante, derivado da própria Convenção e que, particularmente, não pode ser desconsiderado pelos Estados partes na Convenção. (...) Em nossa opinião, nos casos em que se lhe consulte sobre a interpretação da Convenção ou de outro tratado concernente à proteção dos direitos humanos, a Corte emitirá um *dictamen*, com caráter vinculante por emanar do órgão judicial ao qual se encomendou a interpretação autorizada da Convenção. (...)”

Com efeito, se quem formula a petição é um Estado parte na Convenção, esta opinião será vinculante para esse Estado, pois, em virtude do art. 33 da Convenção, este terá aceitado a competência da Corte para velar pelo cumprimento dos compromissos contraídos na Convenção e para definir

³⁷³ Sobre o tema, cf. cf. HITTERS, Juan Carlos. *Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de convencionalidad y convencionalidad)*. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 10, julio-diciembre 2008; LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano...*, p. 989 e seguintes; NIKKEN, Pedro. *La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: Memoria del Seminario “El sistema de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI”. 2ª ed. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, vol. 1, p.176; ROA, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2015, p. 96 e seguintes.

³⁷⁴ Corte IDH, OC-1/1982, § 51; OC-3/1983, § 32.

³⁷⁵ Corte IDH, OC-15/1997, § 26.

³⁷⁶ Nesse sentido, cf. HITTERS, Juan Carlos. *Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de convencionalidad y convencionalidad)*. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 10, julio-diciembre 2008, p. 150.

o alcance destes mediante sua interpretação autorizada; (...) Em segundo lugar, se a opinião é requerida por um Estado membro da OEA que ainda não tenha ratificado a Convenção, em virtude do mesmo princípio anterior e do disposto no artigo 2º da Convenção, no momento em que o Estado decidir ratificar a Convenção estará obrigado a ajustar sua legislação interna aos termos da opinião emitida previamente pela Corte³⁷⁷.

Por fim, consideramos oportuno esclarecer que o caráter vinculante das opiniões consultivas não as tornam, porém, *executáveis*, e isso porque, conforme vimos anteriormente, no procedimento consultivo não há partes nem litígio³⁷⁸.

Opiniões consultivas já emitidas pela Corte IDH

A Corte IDH já emitiu 25 opiniões consultivas. Vejamos a seguir o tema de cada uma destas opiniões.

Opinião Consultiva OC-25/2018	A instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no Sistema Interamericano de Proteção (interpretação e alcance dos artigos 5, 22.7 e 22.8, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).
Opinião Consultiva OC-24/2017	Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao artigo 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).
Opinião Consultiva OC-23/2017	Meio ambiente e direitos humanos (obrigações estatais em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal – interpretação dos artigos 4.1 e 5.1, em relação aos artigos 1.1 e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).
Opinião Consultiva OC-22/2016	Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (interpretação e alcance do artigo 1.2, em relação aos artigos 1.1, 8º, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como do artigo 8.1 A e B do Protocolo de San Salvador).
Opinião Consultiva OC-21/2014	Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional.
Opinião Consultiva OC-20/2009	Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

³⁷⁷ LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano...*, p. 992-993.

³⁷⁸ HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001, p. 39.

Opinião Consultiva OC-19/2005	Controle de legalidade no exercício das atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41 e 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).	
Opinião Consultiva OC-18/2003	Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados.	
Opinião Consultiva OC-17/2002	Condição jurídica e direitos humanos da criança.	
Opinião Consultiva OC-16/1999	O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal.	
Opinião Consultiva OC-15/1997	Informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).	
Opinião Consultiva OC-14/1994	Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção (arts. 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).	
Opinião Consultiva OC-13/1993	Certas atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).	
Opinião Consultiva OC-12/1991	Compatibilidade de um projeto de lei com o artigo 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.	
Opinião Consultiva OC-11/1990	Exceções ao esgotamento dos recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a e 46.2.b, Convenção Americana sobre Direitos Humanos).	
Opinião Consultiva OC-10/1989	Interpretação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem no marco do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.	
Opinião Consultiva OC-9/1987	Garantias judiciais em estados de emergência (arts. 27.2, 25 e 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).	
Opinião Consultiva OC-8/1987	O <i>habeas corpus</i> sob suspensão de garantias (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).	
Opinião Consultiva OC-7/1986	Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (arts. 14.1, 1.1 e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).	
Opinião Consultiva OC-6/1986	A expressão “leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.	

Opinião Consultiva OC-5/1985	O registro profissional obrigatório de jornalistas (arts. 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).
Opinião Consultiva OC-4/1984	Proposta de modificação da Constituição da Costa Rica relacionada com a naturalização.
Opinião Consultiva OC-3/1983	Restrições à pena de morte (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).
Opinião Consultiva OC-2/1982	O efeito das reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.
Opinião Consultiva OC-1/1982	“Outros tratados” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

1. Opinião Consultiva OC-1/82, de 24.09.1982: “Outros tratados” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

Solicitada pelo Peru

O Governo do Peru pergunta, em relação ao art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (a seguir designada “a Convenção”):

“Como deve ser interpretada a frase: ‘ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos?’”

Em relação ao tema, o Governo peruano solicita que a consulta aborde as seguintes perguntas específicas:

“Essa frase se refere e compreende:

- a. Somente os tratados adotados dentro do marco ou sob os auspícios do Sistema Interamericano?; ou
- b. Os tratados concluídos unicamente entre Estados Americanos, ou seja, que a referência está limitada aos tratados em que são partes exclusivamente Estados Americanos?; ou
- c. Todos os tratados nos quais um ou mais Estados Americanos sejam partes?”.

O art. 64 da Convenção estabelece que:

1. Os Estados Membros da Organização poderão consultar a Corte acerca da interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da

Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Da leitura da consulta formulada se depreende que, na verdade, o Governo do Peru elaborou uma só pergunta com três possíveis alternativas de resposta. O assunto principal consiste em definir quais são os tratados que podem ser objeto de interpretação por esta Corte na aplicação das atribuições que lhe confere o art. 64 da Convenção.

A Corte é de opinião, primeiro:

“Que a competência consultiva da Corte pode ser exercida, em geral, sobre toda disposição, concernente à proteção dos direitos humanos, de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados Americanos, independentemente de que seja bilateral ou multilateral, de qual seja seu objeto principal ou de quem sejam ou possam ser partes do mesmo Estados alheios ao sistema interamericano”.

Segundo:

“Que, por razões determinantes que expressará em decisão motivada, a Corte poderá abster-se de responder uma consulta se entender que, nas circunstâncias do caso, a petição exceda dos limites de sua função consultiva, seja porque o assunto apresentado diga respeito principalmente a compromissos internacionais contraídos por um Estado não americano ou a estrutura ou funcionamento de órgãos ou organismos internacionais alheios ao sistema interamericano; seja porque o trâmite da solicitação possa conduzir a alterar ou a debilitar, em prejuízo do ser humano, o regime previsto pela Convenção; seja por outra razão análoga”.

Comentários:

Já na sua primeira opinião consultiva a Corte IDH esclareceu, portanto, que o objeto da jurisdição consultiva não se limita aos tratados *elaborados* no ambiente do sistema interamericano, abrangendo todo e qualquer tratado que possa ser *aplicado* aos Estados americanos. Conforme já vimos anteriormente, a Corte IDH já emitiu interpretação sobre tratados internacionais produzidos fora do sistema interamericano, como a Convenção de Viena sobre Relações Consulares³⁷⁹; a Convenção da ONU sobre Direitos da Criança³⁸⁰; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³⁸¹; a Convenção contra a Tortura

³⁷⁹ OC-16/1999, *O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal*.

³⁸⁰ OC-17/2002, *Condição jurídica e direitos humanos da criança*; e OC 21/2014, *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*.

³⁸¹ OC-25/2018, *A instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no Sistema Interamericano*

e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes³⁸²; e a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados³⁸³. Quando a Corte IDH emite opinião consultiva sobre tratados de direitos humanos adotados em sistema internacional de proteção diverso do interamericano, a sua competência consultiva naturalmente não atinge as obrigações de proteção de direitos humanos que correspondam a Estados alheios ao sistema interamericano, ainda quando sejam partes do tratado objeto de interpretação³⁸⁴.

2. Opinião Consultiva OC-2/82, de 24.09.1982: O efeito das reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 74 e 75)

Solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão fez a seguinte pergunta à Corte:

“A partir de quando se entende que um Estado é parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: quando a ratificou ou aderiu à Convenção com uma ou mais reservas? Desde a data do depósito do instrumento de ratificação ou adesão ou ao cumprir o termo previsto no art. 20 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados?”

Os artigos 74 e 75 da Convenção dispõem:

Artigo 74

1. Esta Convenção fica aberta à assinatura e à ratificação ou adesão de todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos.
2. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou de adesão na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou de adesão.
3. O Secretário-Geral informará todos os Estados membros da Organização sobre a entrada em vigor da Convenção.

Artigo 75

Esta Convenção só pode ser objeto de reservas em conformidade com as

de Proteção (interpretação e alcance dos artigos 5º, 22.7 e 22.8, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

³⁸² OC-25/2018, *A instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no Sistema Interamericano de Proteção (interpretação e alcance dos artigos 5º, 22.7 e 22.8, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).*

³⁸³ OC-25/2018, *A instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no Sistema Interamericano de Proteção (interpretação e alcance dos artigos 5º, 22.7 e 22.8, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).*

³⁸⁴ Corte IDH, OC-25/2018, § 30.

disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969.

A Corte é de opinião que a CADH entra em vigor para um Estado que a ratifique ou que venha a aderir a ela, com ou sem reservas, na data do depósito do instrumento de ratificação ou adesão, sem que se exija, portanto, a manifestação ou a concordância dos demais Estados Partes da CADH sobre o conteúdo das reservas apresentadas.

3. Opinião Consultiva OC-3/83, de 08.09.1983: Restrições a pena de morte (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

Solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão solicitou à Corte uma opinião consultiva sobre a interpretação do art. 4º da Convenção nos seguintes termos:

1. Pode um Governo aplicar a pena de morte a delitos para os quais não estava contemplada esta pena em sua legislação interna no momento em que entrou em vigor para esse Estado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos?
2. Pode um Governo, sobre a base de uma reserva feita no momento da ratificação ao art. 4º, inciso 4, da Convenção, legislar com posterioridade à entrada em vigor da Convenção, impondo a pena de morte a delitos que não tinham essa sanção quando se efetuou a ratificação?

O art. 4º da Convenção estabelece o seguinte:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Em sua exposição sobre as considerações que originaram a consulta, a Comissão informou à Corte a existência de certas divergências que têm tido com o Governo da

Guatemala a respeito da interpretação da parte final do parágrafo segundo do art. 4º da Convenção, assim como sobre os efeitos e alcances da reserva formulada pela Guatemala ao parágrafo quarto do mesmo artigo, que textualmente diz:

O Governo da República da Guatemala ratifica a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, subscrita em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, fazendo reserva sobre o art. 4º, inciso 4º, da Convenção, já que a Constituição da República da Guatemala, em seu art. 54, somente exclui da aplicação da pena de morte os delitos políticos, mas não os delitos comuns conexos com os políticos.

O problema jurídico concreto apresentado pela Comissão é se uma reserva concebida nos termos citados pode ser invocada por um Estado Parte para impor a pena de morte a delitos que não a tinham prevista na data da ratificação da Convenção e, especialmente, se é possível alegar, como vem fazendo o Governo da Guatemala ante a Comissão, para fundamentar a aplicação da pena capital a delitos comuns conexos com os políticos que não a previam anteriormente.

A Corte é de opinião, em resposta à primeira pergunta:

“Que a Convenção proíbe absolutamente a extensão da pena de morte e que, conseqüentemente, não pode o Governo de um Estado Parte aplicar a pena de morte a delitos para os quais não estava contemplada anteriormente em sua legislação interna”.

E em resposta à segunda pergunta:

“Que uma reserva limitada por seu próprio texto ao art. 4.4 da Convenção não permite ao Governo de um Estado Parte legislar posteriormente para estender a aplicação da pena de morte a delitos para os quais não estava contemplada anteriormente”.

Comentários:

A Corte IDH ressaltou que o art. 4º da Convenção apresenta três grupos de limitação para a pena de morte nos países que não tenham decidido pela sua abolição: a) em primeiro lugar, a imposição ou aplicação desta pena está sujeita ao cumprimento de regras processuais cujo respeito deve ser exigido; b) em segundo lugar, seu âmbito de aplicação deve ser reduzido aos crimes comuns mais graves, não podendo incidir em crimes políticos nem em crimes comuns conexos com crimes políticos; c) e por último, é preciso observar certas considerações próprias da pessoa do acusado, as quais podem excluir a imposição ou aplicação da pena capital (§ 55).

Em outro momento de sua opinião consultiva, a Corte explicou a adoção pela CADH de uma orientação rumo à abolição progressiva da pena de morte:

“(…) Com efeito, segundo o artigo 4.2 [da CADH], ‘tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não seja aplicada [a pena de morte]

atualmente', e segundo o art. 4.3 [da CADH], 'não se restabelecerá a pena de morte nos Estados que a tenham abolido'. Não se trata, aqui, apenas de rodear de condições rigorosas a excepcional imposição ou aplicação da pena de morte, mas sim de estabelecer um limite definitivo, através de um processo progressivo e irreversível destinado a ser cumprido tanto nos países que ainda não resolveram aboli-la, como naqueles que já adotaram esta decisão. No primeiro caso, embora a Convenção não chegue a suprimir a pena de morte, ela proíbe que se estenda seu uso e que seja imposta a respeito de crimes para os quais não estava prevista anteriormente. Impede-se, assim, qualquer expansão na lista de crimes castigados com esta pena. No segundo caso, proíbe de modo absoluto o restabelecimento da pena capital para todo tipo de delito, de tal maneira que a decisão de um Estado Parte na Convenção, qualquer que seja o tempo que a tenha adotado, no sentido de abolir a pena de morte, se converte numa resolução definitiva e irrevogável.

Nesta matéria a Convenção expressa uma clara nota de progressividade, consistente em que, sem chegar a decidir pela abolição da pena de morte, adota as disposições requeridas para limitar definitivamente sua aplicação e seu âmbito, de modo que este vá se reduzindo até a sua supressão final" (§§ 56 e 57).

Assim, em sua OC-3, o que a Corte IDH fez foi esclarecer que, quando a Guatemala apresentou uma reserva ao art. 4.4 da CADH, se reservando, portanto, no direito de aplicar a pena de morte para crimes políticos e para crimes comuns conexos a crimes políticos, ela – a Guatemala – não poderia adotar uma interpretação extensiva da sua reserva para aumentar o catálogo dos crimes punidos com a pena de morte, e isso porque, quando do depósito do seu instrumento de ratificação, não foi apresentada uma reserva ao art. 4.2 da CADH.

4. Opinião Consultiva OC-4/84, de 19.01.1984: Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização

Solicitada pela Costa Rica

O Governo formulou a consulta que se transcreve em sua parte pertinente:

"II. Disposições que devem ser analisadas na determinação de compatibilidade:

a) Legislação interna:

1) Texto atual dos artigos 14 e 15 da Constituição Política da Costa Rica:

Artigo 14. São costarriquenses por naturalização:

1. Os que tenham adquirido esta qualidade em virtude de leis anteriores;
2. Os nacionais de outros países da Centro América, de boa conduta e com um ano de residência na República pelo menos, que manifestem ante ao Registro Civil sua decisão de ser costarriquenses;
3. Os espanhóis ou ibero-americanos por nascimento que obtenham a res-

pectiva carta ante o Registro Civil, sempre que tenham tido seu domicílio no país durante os dois anos anteriores à solicitação;

4. Os centroamericanos, espanhóis e ibero-americanos que não o sejam por nascimento e os demais estrangeiros que tenham estado domiciliados em Costa Rica pelo tempo mínimo de cinco anos imediatamente anteriores à solicitação de naturalização, de acordo com os requisitos indicados pela lei;
5. A mulher estrangeira que ao casar com costarricense perda sua nacionalidade ou que manifeste seu desejo de ser costarricense;
6. Aqueles que recebam a nacionalidade honorífica da Assembleia Legislativa.

Artigo 15. Aquele que requer a naturalização deve provar previamente sua boa conduta, demonstrar que possui trabalho ou meio de viver conhecido e prometer que residirá na República de modo regular.

Para os efeitos da naturalização, o domicílio implica residência e vinculação, estáveis e efetivas, à comunidade nacional, de acordo com a regulamentação que estabeleça ou à lei.

2) REFORMAS PROPOSTAS pela Comissão Especial da Assembleia Legislativa em opinião apresentada em 22.06.1983:

Artigo 14. São costarricenses por naturalização:

1. Os que tenham adquirido esta qualidade em virtude de leis anteriores;
2. Os nacionais de outros países de Centroamérica, espanhóis e ibero-americanos por nascimento, com cinco anos de residência oficial no país, e que cumpram com os demais requisitos que a lei fixar;
3. Os centroamericanos, espanhóis e ibero-americanos que não o sejam por nascimento e os demais estrangeiros que tenham residido oficialmente por um tempo mínimo de sete anos e que cumpram com os demais requisitos que a lei fixar;
4. A mulher estrangeira que ao casar com costarricense perda sua nacionalidade ou que depois de casada por dois anos com costarricense e de residir por esse mesmo período no país, manifeste seu desejo de adquirir nossa nacionalidade; e
5. Aqueles que recebam a nacionalidade honorífica da Assembleia Legislativa.

Artigo 15. Quem solicitar a naturalização deve provar sua boa conduta, demonstrar que tem trabalho ou meio de viver conhecido, que saber falar, escrever e ler o idioma espanhol. O solicitante será submetido a um exame compreensivo acerca da história do país e de seus valores, devendo, ainda, prometer que residirá no território nacional de modo regular e jurar que respeitará a ordem constitucional da República.

Por meio de lei se estabelecerá os requisitos e a forma para tramitar a solicitação de naturalização.

3) MOÇÃO DE REFORMA ao inciso 4 do artigo 14 da Constituição apresentada pelos deputados:

A pessoa estrangeira que ao se casar com costarricense perda sua nacionalidade e depois de estar casada por dois anos com costarricense e de residir durante esse mesmo período no país, manifeste seus desejo de adquirir a nacionalidade do cônjuge.

b) Artigos da Convenção:

Os textos legais acima mencionados devem ser comparados com os seguintes artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos a fim de determinar sua compatibilidade:

Artigo 17. Proteção da família.

Parágrafo 4º. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

Artigo 20. Direito à nacionalidade.

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território nasceu se não tem direito a outra.
3. Ninguém será privado arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito a mudá-la.

Artigo 24. Igualdade perante a lei.

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

III. Perguntas específicas sobre as quais se busca a opinião da Corte:

Em conformidade com a solicitação feita originariamente pela Comissão Especial sobre Reforma aos artigos 14 e 15 da Constituição Política, o Governo da Costa Rica solicita que a Corte determine:

- a. Se existe alguma incompatibilidade entre as reformas propostas e as disposições citadas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Especificamente, dentro do contexto da pergunta anterior, estima que devem ser respondidas as seguintes perguntas:
- b. É afetado de alguma forma o direito de toda pessoa a ter uma nacionalidade previsto no art. 20.1 da Convenção com as modificações projetadas aos artigos 14 e 15 da Constituição Política?
- c. É compatível a reforma proposta ao inciso 4 do art. 14, segundo o texto apresentado na proposta, com o art. 17.4 da Convenção, quanto à igualdade entre os cônjuges?
- d. É compatível o texto da moção aprovada pelos deputados para a reforma desse mesmo inciso com o parágrafo primeiro do art. 20 da Convenção?"

A Corte é de opinião, em relação ao art. 20 da Convenção,

"Que o direito à nacionalidade, reconhecido pelo art. 20 da Convenção, não está envolvido no projeto de reforma constitucional, objeto da presente consulta".

Em relação aos artigos 24 e 17.4 da Convenção,

“Que não constitui discriminação contrária à Convenção estipular condições preferenciais para obter a nacionalidade costarricense por naturalização em favor de centroamericanos, ibero-americanos e espanhóis, frente aos demais estrangeiros.

Que não constitui discriminação contrária à Convenção limitar essa preferência a centroamericanos, ibero-americanos e espanhóis por nascimento.

Que não constitui, por si só, discriminação contrária à Convenção, adicionar os requisitos do art. 15 do projeto, para a obtenção da nacionalidade costarricense por naturalização.

Que constitui discriminação incompatível com os artigos 17.4 e 24 da Convenção estipular no art. 14.4 do projeto condições preferenciais para a naturalização por causa de casamento a favor de um só dos cônjuges”.

Comentários:

Esta foi a primeira solicitação de opinião consultiva feita com base no art. 64.2 da CADH – *opinião consultiva de compatibilidade* –, segundo o qual “A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”.

Nas suas considerações sobre a admissibilidade desta OC, a Corte IDH enfrentou duas discussões envolvendo o art. 64.2 da CADH: primeiro, se a expressão a ‘leis internas’ inclui normas constitucionais, e segundo, se um projeto de lei pode ser objeto de consulta. Vejamos qual foi o entendimento da Corte:

“A resposta à primeira pergunta não admite dúvida: sempre que uma convenção internacional se refira ‘leis internas sem qualificar de alguma forma esta expressão ou sem que do seu contexto resulte um sentido mais restrito, a referência é para toda a legislação nacional e para todas as normas jurídicas de qualquer natureza, incluindo disposições constitucionais.

A resposta para a segunda pergunta é menos óbvia. A solicitação não aborda uma consulta sobre uma lei interna vigente. Refere-se a um projeto de reforma constitucional que ainda não foi aprovado pela Assembleia Legislativa (...).

Qualquer pretensão de entender o significado do artigo 64.2 no sentido de que ele se refere somente a leis vigentes, isto é, a leis cujo processo de formação tenha sido concluído, teria como consequência que os Estados não poderiam solicitar, segundo esta disposição, opiniões consultivas da Corte sobre projetos legislativos. Os Estados estariam, assim, obrigados a cumprir todo o procedimento de direito interno para a formação das leis antes de poder solicitar a opinião da Corte sobre a sua compatibilidade com a Convenção ou outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

(...) Abster-se de atender à solicitação de um Governo porque se trata de ‘projetos de lei’ e não de leis formadas e em vigor poderia, em alguns casos, equivaler a forçar o Governo à violação da Convenção mediante a adoção formal e possivelmente a aplicação da medida legislativa para logo depois

ir à Corte em busca da opinião. Este critério não ajuda a 'conferir efeito' à norma, isto é, não ajuda a proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos seres humanos.

(...) Em razão disso, a Corte estima que uma interpretação restritiva do artigo 64.2 que conduzisse a que os Estados somente pudessem invocá-lo para solicitar opiniões consultivas sobre leis vigentes, limitaria indevidamente o serviço consultivo da Corte.

A conclusão precedente não deve ser entendida no sentido de que a Corte está obrigada a exercer a sua competência para examinar qualquer texto preliminar de leis ou projetos legislativos. Somente significa que o mero fato de tratar-se de um projeto legislativo não basta para privar a Corte da competência para considerar uma consulta sobre ela. (...)” (§ 14 e seguintes).

Quanto ao mérito da OC-4/84, destacamos que a Corte IDH acabou por admitir – expressamente – uma *margem de apreciação* aos Estados sobre a fixação dos requisitos exigidos para a naturalização, desde que não sejam arbitrários ou discriminatórios (§ 62). Conforme a lição de André de Carvalho Ramos, “Essa tese [da teoria da margem de apreciação] é baseada na *subsidiariedade* da jurisdição internacional e prega que *determinadas* questões polêmicas relacionadas com as restrições estatais a direitos protegidos devem ser *discutidas e dirimidas pelas comunidades nacionais*, não podendo o juiz internacional apreciá-las. Assim, caberia, a princípio, ao próprio Estado estabelecer os limites e as restrições ao gozo de direitos em face do interesse público”³⁸⁵. Trata-se de um princípio de interpretação utilizado com frequência pela Corte Europeia de Direitos Humanos e mais excepcionalmente pela Corte Interamericana.

5. Opinião Consultiva OC-5/85, de 13.11.1985: O registro profissional obrigatório de jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

Solicitada pela Costa Rica

Em seu pedido, o Governo solicitou à Corte uma opinião consultiva sobre a interpretação dos artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação ao registro profissional obrigatório de jornalistas e também sobre a compatibilidade da Lei nº 4420, que estabelece o registro profissional obrigatório de seus membros para exercer o jornalismo, com as disposições dos mencionados artigos. Nos termos desta comunicação:

“A consulta que se formula à Corte Interamericana compreende, de forma concreta, requerimento de opinião consultiva sobre se existe ou não conflito ou contradição entre o registro profissional obrigatório como requisito indispensável para poder exercer a atividade do jornalista em geral e, em especial, do repórter – segundo os artigos já citados da Lei nº 4420 – e as normas internacionais 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesse aspecto, é necessário conhecer o critério da Corte Interamericana, em relação ao alcance e cobertura do direito de liberdade de ex-

³⁸⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional*, p. 73.

pressão do pensamento e de informação e as únicas limitações permissíveis em conformidade com os artigos 13 e 29 da Convenção Americana, com indicação, se for o caso, se há ou não congruência entre as normas internas incluídas na Lei Orgânica do Conselho de Jornalistas já referidas (Lei nº 4420), e os artigos 13 e 29 internacionais citados.

É permitido ou compreendido o registro profissional obrigatório do jornalista e do repórter entre as restrições ou limitações autorizadas nos artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos? Existe ou não compatibilidade, conflito ou incongruência entre aquelas normas internas e os artigos citados da Convenção Americana?”.

A Corte é de opinião, primeiro:

“Que o registro profissional obrigatório de jornalistas, na medida em que impeça o acesso de qualquer pessoa ao uso pleno dos meios de comunicação social como veículo para se expressar ou para transmitir informação, é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

E segundo:

“Que a Lei nº 4420 de 22.09.1969, Lei Orgânica do Conselho de Jornalistas da Costa Rica, objeto da presente consulta, na medida em que impede certas pessoas de pertencer ao Conselho de Jornalistas e, por conseguinte, o uso pleno dos meios de comunicação social como veículo para se expressar e transmitir informação, é incompatível com o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

Comentários:

O STF chegou à mesma conclusão que a Corte IDH, inclusive fazendo menção à OC-5/85 na ementa da decisão, no julgamento do RE 511.961, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 17.06.2009:

“(…) A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição”.

Para a Corte IDH, o direito à liberdade de pensamento e expressão, protegido pelo art. 13 da CADH, possui uma dimensão individual e uma dimensão social:

“Em sua dimensão individual, a liberdade de expressão não se esgota no reconhecimento teórico do direito a falar ou escrever, compreendendo ainda e inseparavelmente o direito a utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e fazê-lo chegar ao maior número de destinatários.

Quando a Convenção proclama que a liberdade de pensamento e expressão compreende o direito de difundir informações e ideias ‘por qualquer... procedimento’, está ressaltando que a expressão e a difusão do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito de expressar-se livremente. Daí a importância do regime legal aplicável à imprensa e ao *status* de quem se dedica profissionalmente a ela.

Em sua dimensão social a liberdade de expressão é um meio para o intercâmbio de ideias e informações e para a comunicação massiva entre os seres humanos. Assim como compreende o direito de cada um a tratar de comunicar aos outros seus próprios pontos de vista, implica também o direito de todos a conhecer opiniões e notícias. Para o cidadão comum tem tanta importância o conhecimento da opinião alheia ou da informação de que dispõem os outros como o direito a difundir a própria” (§§ 31 e 32).

E na sequência, a Corte IDH, embora sem aprofundar na abordagem, acabou por se manifestar – já em 1985 – sobre o que recentemente se denominaria como o combate às *fake news* (notícias falsas):

“As duas dimensões mencionadas – individual e social – da liberdade de expressão devem ser garantidas simultaneamente. Não seria lícito invocar o direito da sociedade de estar informada de acordo com a verdade para fundamentar um regime de censura prévia supostamente destinado a eliminar as informações que seriam falsas a critério do censor. Como tampouco seria admissível que, sobre a base do direito a difundir informações e ideias, se constituíssem monopólios públicos ou privados sobre os meios de comunicação para tentar moldar a opinião pública segundo apenas um ponto de vista” (§ 33).

Ainda para a Corte IDH, além do abuso da liberdade de expressão somente se submeter a medidas de controle posterior – e não preventivo –, também neste caso, para que a responsabilidade possa ser estabelecida de forma válida segundo a Convenção Americana, é preciso que se reúnam os seguintes requisitos: a) a existência de causas de responsabilidade previamente estabelecidas; b) a definição expressa e taxativa destas causas pela lei; c) a legitimidade dos fins buscados; e d) que essas causas de responsabilidade sejam necessárias para assegurar os mencionados fins (§ 39).

6. Opinião Consultiva OC-6/86, de 09.06.1986: A expressão “leis” no art. 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Solicitada pelo Uruguai

Nas considerações que originaram a consulta, o Governo aponta que:

“Cabe perguntar acerca da expressão ‘leis’ utilizada no art. 30 da Convenção, se ela se refere a leis em sentido formal – norma jurídica emanada do Parlamento e promulgada pelo Poder Executivo, com as formas requeridas pela Constituição – ou em sentido material, como sinônimo de ordenamento ju-

rídico, prescindindo do procedimento de elaboração e do alcance normativo que lhe poderia corresponder na escala hierárquica da respectiva ordem jurídica”.

A CADH estabelece em seu art. 30:

“As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas”.

A Corte é de opinião:

“Que a palavra ‘leis’ no artigo 30 da Convenção significa norma jurídica de caráter geral, visando o bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados Partes para a formação das leis”.

7. Opinião Consultiva OC-7/86, de 29.08.1986: Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (artigos 14.1, 1.1 e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

Solicitada pela Costa Rica

A primeira pergunta afirma o seguinte:

“Deve-se considerar que o direito consagrado no art. 14 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos já está garantido em seu livre e pleno exercício a todas as pessoas que se encontram sob a jurisdição do Estado costarricense, segundo se observa das obrigações, para nosso país, contidas no art. 1º desta Convenção?”.

A Corte considera que, tal como está redigida, a pergunta compreende duas questões com significado diverso, as quais se podem distinguir claramente. A primeira se refere à interpretação do art. 14.1 da Convenção em relação ao art. 1.1 da mesma; e a segunda tem a ver com a aplicação do art. 14.1 no âmbito jurídico interno da Costa Rica. A Corte se limitará a responder a primeira questão nos termos do art. 64.1 da própria Convenção, que é o aplicável segundo foi expressado anteriormente. A segunda questão, tal como foi proposta, se situa fora da competência consultiva da Corte

Em consequência, a Corte chega à conclusão de que esta pergunta, no sentido indicado, é admissível já que se dirige à interpretação da Convenção, e a Corte assim o declara.

A segunda pergunta afirma:

“Ao não ser assim, tem o Estado costarricense o dever jurídico-constitucional de adotar, em conformidade com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para fazer efetivo o direito de retificação ou resposta previsto no art. 14 da Convenção, segundo as disposições incluídas no art. 2º da Convenção Ame-

ricana sobre Direitos Humanos?”.

Em virtude da precisão feita na pergunta anterior, o nexo de causalidade estabelecido pela segunda pergunta em relação à primeira carece de objeto. Portanto, deve-se considerar que o propósito desta pergunta é determinar quais obrigações, se existirem, estão impostas à Costa Rica pelo art. 2º da Convenção a fim de fazer efetivo o direito reconhecido pelo art. 14.1. A resposta a ela requer que a Corte interprete a Convenção e, deste modo, é admissível.

A terceira pergunta é a seguinte:

“Se fosse decidido que o Estado costarriquenho tem o dever de adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para fazer efetivo o direito de retificação ou resposta previsto no art. 14 da Convenção Americana, seria possível então entender que a expressão ‘lei’, que figura no final do primeiro parágrafo do mencionado art. 14, é usada em sentido amplo ou lato, o que poderia compreender então disposições de caráter regulamentar emitidas por decreto executivo, levando em consideração a índole principalmente instrumental de tais disposições legais?”.

Na medida em que esta pergunta busca a interpretação do significado da palavra “lei”, tal como esta é usada no art. 14.1 da Convenção, é admissível pelas mesmas razões expostas acima.

A Corte é de opinião:

“Que o art. 14.1 da Convenção reconhece um direito de retificação ou resposta internacionalmente exigível e que, de acordo com o art. 1.1, os Estados Partes têm a obrigação de respeitar e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição.

Que quando o direito consagrado no art. 14.1 não se possa fazer efetivo no ordenamento jurídico interno de um Estado Parte, esse Estado tem a obrigação, em virtude do art. 2º da Convenção, de adotar, em conformidade com seus procedimentos constitucionais, e as disposições da própria Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias.

Que a palavra ‘lei’, tal como se utiliza no art. 14.1, está relacionada às obrigações assumidas pelos Estados Partes no art. 2º e, portanto, as medidas que o Estado Parte deve adotar compreendem todas as disposições internas que sejam adequadas, segundo o sistema jurídico em questão, para garantir o livre e pleno exercício do direito consagrado no art. 14.1. Porém, quando tais medidas restrinjam um direito reconhecido na Convenção, será necessária a existência de uma lei formal”.

8. Opinião Consultiva OC-8/87, de 30.01.1987: O habeas corpus sob suspensão de garantias (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

Solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão formulou a seguinte consulta à Corte:

“O recurso de habeas corpus, cujo fundamento jurídico se encontra nos artigos 7.6 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é uma das garantias judiciais que, de acordo com a parte final do parágrafo 2º do art. 27 da Convenção, não pode ser suspenso por um Estado Parte da citada Convenção Americana?”.

Os artigos 27.1 e 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção dispõem:

“Artigo 27. Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou a segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, sempre que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes impõem o direito internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.
2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

Artigo 25. Proteção judicial.

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa”.

A Corte é de opinião que os procedimentos jurídicos consagrados nos artigos 25.1 e 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não podem ser suspensos conforme o seu art. 27.2, porque constituem garantias judiciais indispensáveis para proteger direitos e liberdades que tampouco podem ser suspensos segundo a mesma disposição.

Comentários:

Para formular o pedido de consulta à Corte, a CIDH apresentou as seguintes considerações:

“Alguns Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos têm entendido que, em situações de emergência, um dos direitos cujo exercício pode ser suspenso é o da proteção judicial que se exerce mediante o habeas corpus. Inclusive alguns Estados têm promulgado uma legislação especial ou têm iniciado uma prática segundo a qual é possível, durante a detenção de uma pessoa, deixá-la incomunicável durante um período prolongado – que em alguns casos pode passar de 15 dias – no qual se pode privar o detido de todo contato exterior, não sendo possível, portanto, o recurso de habeas corpus durante estes dias de incomunicabilidade.

No entendimento da Comissão, é precisamente nestas circunstâncias excepcionais em que o recurso de habeas corpus adquire sua maior importância.

Desde logo, a Comissão admite que em caso de guerra, perigo público ou outra emergência que ameace a independência ou a segurança do Estado, o direito à liberdade pessoal, conforme o artigo 27 da Convenção Americana, pode transitoriamente ser suspenso e o Poder Executivo adquire autoridade para prender uma pessoa com base apenas nos antecedentes de que dispõe para considerá-la um perigo para a independência ou segurança do Estado.

Porém, ao mesmo tempo, a Comissão considera que nem mesmo sob uma situação de emergência o habeas corpus pode ser suspenso ou não ter efeito. Como já se disse, este recurso tem por finalidade imediata colocar à disposição dos juízes a pessoa do detido, o que permite àquele verificar se este está vivo e se não foi submetido a torturas ou castigos físicos e psicológicos, sendo importante ressaltar que o direito à integridade pessoal previsto no artigo 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é um dos direitos que não pode ser suspenso em nenhuma circunstância.

Ainda a respeito da liberdade pessoal, cuja suspensão temporal é possível em circunstâncias excepcionais, o habeas corpus permitirá ao juiz comprovar se a ordem de prisão se fundamenta num critério de razoabilidade (...). Sustentar o contrário, isto é, que o Poder Executivo não se encontraria obrigado a fundamentar uma prisão ou o prolongamento desta inevitavelmente durante situações de emergência, sem submeter o detido à autoridade de um juiz que possa conhecer dos recursos previstos nos artigos 7.6 e 25.1 da Convenção, importaria, no entendimento da Comissão, atribuir-lhe as funções específicas do Poder Judiciário, o que resultaria numa violação à separação dos poderes públicos, que é uma das características básicas do estado de direito e dos sistemas democráticos”.

A Corte IDH concordou com a CIDH, manifestando-se nos seguintes termos:

“A suspensão de garantias constitui também uma situação excepcional, segundo a qual resulta lícito para o governo aplicar determinadas medidas restritivas aos direitos e liberdades que, em condições normais, estão proibidas ou submetidas a requisitos mais rigorosos. Isso não significa,

porém, que a suspensão de garantias comporte a suspensão temporal do Estado de Direito ou que autorize aos governantes a afastar sua conduta da legalidade a que todo momento devem observar. (...)

A determinação sobre quais garantias judiciais são 'indispensáveis' para a proteção dos direitos que não podem ser suspensos será distinta conforme a natureza dos direitos afetados. (...)

À luz dos apontamentos anteriores devem ser considerados como indispensáveis, para os fins do artigo 27.2, aqueles procedimentos judiciais que ordinariamente são idôneos para garantir a plenitude do exercício dos direitos e liberdades a que se refere o referido artigo e cuja supressão ou limitação poderia colocar em risco esta plenitude.

As garantias devem ser não somente indispensáveis como também judiciais. Esta expressão não pode referir-se senão a meios judiciais idôneos para a proteção de tais direitos, o que implica a intervenção de um órgão judicial independente e imparcial, apto para determinar a legalidade das atuações que se cumpram dentro do estado de exceção.

Devemos agora determinar se, apesar de os artigos 25 e 7º não estarem mencionados no artigo 27.2, as garantias contidas nos artigos 25.1 e 7.6 (...) devem ou não ser consideradas entre aquelas 'garantias judiciais indispensáveis' para a proteção dos direitos não suscetíveis de suspensão.

(...) O habeas corpus, para cumprir com seu objetivo de verificação judicial da legalidade da privação de liberdade, exige a apresentação pessoal do detido ante o juiz ou tribunal competente (...). Neste sentido, é essencial a função que cumpre o habeas corpus como meio para controlar o respeito à vida e à integridade da pessoa, para impedir seu desaparecimento ou a indeterminação do seu lugar de detenção, assim como para protegê-la contra a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Esta conclusão se fundamenta na experiência sofrida por várias populações do nosso hemisfério em décadas recentes, particularmente por desaparecimentos, torturas e assassinatos cometidos ou tolerados por alguns governos. Esta realidade tem demonstrado que o direito à vida e à integridade pessoal são ameaçados quando o habeas corpus é parcial ou totalmente suspenso" (§ 24 e seguintes).

E a Corte IDH avança, depois, para explicar o seu entendimento de que, mesmo o direito à liberdade sendo passível de suspensão, a garantia do *habeas corpus* deve ser mantida para coibir excessos:

"Uma pergunta adicional que deve ser feita para além de considerar o *habeas corpus* como uma garantia judicial que protege direitos não suscetíveis de suspensão segundo o art. 27.2, é se tal procedimento pode subsistir ao mesmo tempo como meio de assegurar a liberdade individual, ainda que sob estado de exceção, apesar de o artigo 7º não estar entre aqueles que não podem ser afetados em situações excepcionais.

Se a suspensão de garantias não deve exceder, como a Corte já ressaltou, a medida do estritamente necessário para atender à emergência, resulta

também ilegal toda atuação dos poderes públicos que ultrapasse aqueles limites que devem estar precisamente indicados nas disposições usadas para decretar o estado de exceção, ainda que dentro da situação de excepcionalidade jurídica vigente.

A Corte deve destacar, igualmente, que se a suspensão de garantias não pode ser adotada legitimamente sem respeitar as condições indicadas no parágrafo anterior, tampouco podem se afastar destes princípios gerais as medidas concretas que afetem os direitos ou liberdades suspensos, como ocorreria se tais medidas violassem a legalidade excepcional da emergência, se fossem prolongadas para além dos seus limites temporais, se fossem manifestamente irracionais, desnecessárias ou desproporcionais, ou se para adotá-las houvesse que incorrer em desvio ou abuso de poder.

(...) dentro de um Estado de Direito, deve haver o exercício do controle de legalidade de tais medidas por parte de um órgão judicial autônomo e independente, que verifique, por exemplo, se uma detenção, baseada na suspensão da liberdade pessoal, se adequa aos termos no qual o estado de exceção está autorizado. Aqui o habeas corpus adquire uma nova dimensão fundamental.

(...) Os argumentos anteriores levam à conclusão de que os procedimentos de habeas corpus e de amparo são garantias judiciais indispensáveis para a proteção de vários direitos cuja suspensão está vedada pelo artigo 27.2 e servem, ainda, para preservar a legalidade numa sociedade democrática.

Por outro lado deve se advertir que aqueles ordenamentos constitucionais e legais dos Estados Partes que autorizem, explícita ou implicitamente, a suspensão dos procedimentos de habeas corpus ou de amparo em situações de emergência, devem ser considerados incompatíveis com as obrigações internacionais que a estes Estados impõe a Convenção". (§ 37 e seguintes).

9. Opinião Consultiva OC-9/87, de 06.10.1987: Garantias judiciais em estados de emergência (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

Solicitada pelo Uruguai

O Governo do Uruguai submeteu à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva sobre o alcance da proibição de suspender as garantias judiciais indispensáveis para a proteção dos direitos mencionados no art. 27.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Governo solicitou à Corte que se interprete o alcance da proibição, contida na Convenção, de suspender as garantias judiciais indispensáveis para a proteção de tais direitos. Como nem mesmo em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, não é possível suspender as garantias judiciais indispensáveis para a proteção dos direitos, o Uruguai deseja, em especial, que a Corte dê sua opinião quanto: a) a determinação de quais são essas garantias judiciais indispensáveis; e b) a relação do art. 7.2, no pertinente, com os artigos 25 e 8 da Convenção Americana.

A Corte é de opinião:

“Que devem ser consideradas como garantias judiciais indispensáveis não suscetíveis de suspensão, segundo o estabelecido no art. 27.2 da Convenção, o habeas corpus (art. 7.6), o amparo ou qualquer outro recurso efetivo ante os juízes ou tribunais competentes (art. 25.1) destinado a assegurar o respeito aos direitos e às liberdades cuja suspensão não está autorizada pela Convenção.

Também devem ser considerados como garantias judiciais indispensáveis que não podem ser suspensas aqueles procedimentos judiciais, inerentes à forma democrática representativa de governo (art. 29.c), previstos no direito interno dos Estados Partes como idôneos para assegurar a plenitude do exercício dos direitos a que se refere o art. 27.2 da Convenção e cuja supressão ou limitação comporte o desamparo de tais direitos”.

10. Opinião Consultiva OC-10/89, de 14.07.1989: Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Solicitada pela Colômbia

O Governo da Colômbia submeteu à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva sobre a interpretação do art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. O Governo deseja uma resposta à seguinte pergunta:

“O art. 64 da Corte da Convenção autoriza a Corte Interamericana de Direitos Humanos a emitir opiniões consultivas, a pedido de um Estado Membro da OEA ou de um dos órgãos da mesma, sobre a interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada em Bogotá em 1948 pela Nona Conferência Internacional Americana?”.

O Governo acrescenta:

“O Governo da Colômbia entende, naturalmente, que tal Declaração não é um tratado propriamente dito. Mas esta conclusão não descarta de antemão a pergunta formulada. É perfeitamente razoável entender que uma interpretação das disposições sobre direitos humanos contidas na Carta da OEA, tal como foi modificada pelo Protocolo de Buenos Aires, envolve, em princípio, uma análise dos direitos e deveres do homem que a Declaração proclama; e requer, por conseguinte, a determinação do *status* normativo que a Declaração tem no marco legal do sistema interamericano para a proteção dos direitos humanos”.

O Governo solicitante destaca a importância que tem, para o funcionamento adequado do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, saber qual é o *status* jurídico da Declaração e se a Corte tem e, caso tenha, até onde chega sua jurisdição para interpretar a Declaração de acordo com o art. 64 da Convenção.

A Corte é de opinião que o art. 64.1 da Convenção Americana autoriza a Corte para, a pedido de um Estado Membro da OEA ou, no que lhes compete, de um dos órgãos

da mesma, emitir opiniões consultivas sobre a interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no marco e dentro dos limites de sua competência em relação com a Carta e a Convenção ou outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.

Comentários:

Os seguintes parágrafos da OC-10/89 elucidam o entendimento da Corte:

“Pode ser considerar então que, como uma interpretação autorizada, os Estados Membros têm entendido que a Declaração contém e define aqueles direitos humanos essenciais aos quais a Carta [da Organização dos Estados Americanos] se refere, de modo que não se pode interpretar e aplicar a Carta da Organização em matéria de direitos humanos sem integrar as normas pertinentes a ela com as correspondentes disposições da Declaração [Americana dos Direitos e Deveres do Homem], como resulta da prática seguida pelos órgãos da OEA.

Tendo em conta que a Carta da Organização e a Convenção Americana são tratados a respeito dos quais a Corte pode exercer sua competência consultiva em virtude do artigo 64.1, esta pode interpretar a Declaração Americana e emitir sobre ela uma opinião consultiva no marco e dentro dos limites de sua competência, quando isso seja necessário para interpretar tais instrumentos.

Para os Estados Membros da Organização, a Declaração é o texto que determina quais são os direitos humanos a que se refere a Carta. De outra parte, os artigos 1.2.b) e 20 do Estatuto da Comissão definem, igualmente, a competência da mesma a respeito dos direitos humanos previstos na Declaração. Isto é, para estes Estados a Declaração Americana constitui, no que diz respeito e em relação com a Carta da Organização, uma fonte de obrigações internacionais.

Para os Estados Partes na Convenção a fonte concreta de suas obrigações, no tocante à proteção dos direitos humanos, em princípio, é a própria Convenção. Porém, há que se levar em conta que à luz do artigo 29.d), embora o instrumento principal que rege para os Estados Partes na Convenção seja ela mesma, nem por isso se liberam das obrigações que derivam para eles da Declaração pelo fato de serem membros da OEA.

A circunstância de que a Declaração não seja um tratado não conduz, então, à conclusão de que careça de efeitos jurídicos nem de que a Corte esteja impossibilitada para interpretá-la no marco do que foi exposto” (§ 43 e seguintes).

11. Opinião Consultiva OC-11/90, de 10.08.1990: Exceções ao esgotamento dos recursos internos (arts. 46.1, 46.2 e 46.2.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

Solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana submeteu à Corte uma solicitação de opinião consultiva

sobre os arts. 46.1.a e 46.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A solicitação de opinião consultiva apresenta as seguintes perguntas:

1. O requisito do esgotamento dos recursos jurídicos internos é aplicável a um indigente que, devido a circunstâncias econômicas, não é capaz de fazer uso dos recursos jurídicos no país?
2. No caso de se eximir os indigentes desse requisito, quais critérios a Comissão deve considerar ao dar sua opinião sobre a admissibilidade em tais casos?
1. O requisito do esgotamento dos recursos jurídicos internos é aplicável a um reclamante individual que, por não poder obter representação legal devido a um temor generalizado nos círculos jurídicos, não pode fazer uso dos recursos que lhe oferece a lei no país?
2. No caso de se eximir tais pessoas deste requisito, quais critérios a Comissão deve considerar ao dar sua opinião sobre a admissibilidade em tais casos?

A Corte é de opinião:

1. Que, sim, por razões de indigência ou pelo temor generalizado dos advogados para representá-lo legalmente, um reclamante se ver impedido de utilizar os recursos internos necessários para proteger um direito assegurado pela Convenção, não pode lhe ser exigido o esgotamento.
2. Que, nas hipóteses apresentadas, se um Estado Parte tenha provado a disponibilidade dos recursos internos, o reclamante deverá demonstrar que são aplicáveis as exceções do art. 46.2 e que se viu impedido de obter a assistência legal necessária para a proteção ou garantia de direitos reconhecidos na Convenção.

12. Opinião Consultiva OC-12/91, de 06.12.1991: Compatibilidade de um projeto de lei com o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Solicitada pela Costa Rica

O Governo da Costa Rica submeteu à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva acerca da compatibilidade de um projeto de lei de reforma dos artigos do Código de Procedimentos Penais e de Criação do Tribunal Superior de Cassação Penal em trâmite na Assembleia Legislativa com o art. 8.2.h da Convenção Americana.

A solicitação de opinião consultiva apresenta as seguintes perguntas:

1. A criação de um Tribunal de Cassação Penal, como as reformas propostas, se adequam ao disposto pelo art. 8.2.h da Convenção, respondendo ao conteúdo do “direito de recorrer do julgamento perante um juiz ou tribunal superior”?
2. No mesmo art. 8.2.h da Convenção se faz referência unicamente ao termo “delitos”. Que posição deve ser seguida a respeito das contravenções?

O Governo acrescenta em sua petição que faz a consulta motivado pela:

“Necessidade de adequar o sistema processual penal vigente, fornecer maiores garantias na Justiça Penal e cumprir com o disposto no art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, subscrita em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, que diz:

Artigo 8. Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

A Corte entende que, como a Costa Rica, segundo informado pela Comissão Interamericana, responde a nove casos de violação do art. 8.2.h perante a Comissão, uma resposta às perguntas apresentadas poderia trazer como resultado uma solução de maneira encoberta, pela via da opinião consultiva, de assuntos litigiosos ainda não submetidos à consideração da Corte, sem que as vítimas tenham oportunidade no processo, distorcendo o sistema da Convenção. O procedimento contencioso é, por definição, uma oportunidade na qual os assuntos são discutidos e confrontados de uma maneira muito mais direta que no processo consultivo, do qual não se pode privar os indivíduos que não participam deste. Os indivíduos são representados no processo contencioso perante a Corte pela Comissão, cujos interesses podem ser de outra natureza no processo consultivo.

Embora, aparentemente, o projeto de lei tenda a corrigir para o futuro os problemas que geraram as petições contra Costa Rica atualmente perante a Comissão, um pronunciamento da Corte poderia, eventualmente, interferir em casos que deveriam concluir seu procedimento perante a Comissão nos termos ordenados pela Convenção.

Todo o anterior indica claramente que nos encontramos frente a um daqueles eventos nos quais, pelo risco de desvirtuar a jurisdição contenciosa e ver-se menoscabados os direitos humanos de quem tenha formulado petições perante a Comissão, a Corte deve fazer uso de sua faculdade de não responder uma consulta.

A Corte decide não responder a consulta apresentada pelo Governo da Costa Rica.

13. Opinião Consultiva OC-13/93, de 16.07.1993: Certas atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

Solicitada pelos Governos da Argentina e do Uruguai

Os Governos da Argentina e do Uruguai submeteram à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva dirigida a obter a interpretação dos artigos 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com a situação e as circunstâncias concretas que apresentam.

A solicitação de opinião consultiva apresenta as seguintes perguntas:

“1) Quanto aos artigos 41 e 42, pede-se à Corte que dê a sua opinião quanto à competência da Comissão para qualificar e dar a sua opinião, como fundamento da sua intervenção, no caso de comunicações que alegam uma violação aos direitos protegidos pelos artigos 23, 24 e 25 da Convenção, sobre a regularidade jurídica de leis internas, adotadas de acordo com o disposto pela Constituição, quanto à sua “razoabilidade”, “conveniência” ou “autenticidade”.

2) Quanto aos artigos 46 e 47 da Convenção, pede-se à Corte que dê sua opinião acerca do caso de comunicações apresentadas com amparo ao disposto no artigo 44 da Convenção que devem tramitar de acordo com o Pacto de San José, é juridicamente aceitável que a Comissão, depois de ter declarado inadmissível a solicitação, se pronuncie, no mesmo relatório, sobre o mérito.

3) Quanto aos artigos 50 e 51 da Convenção, pede-se à Corte que dê a sua opinião quanto à possibilidade de subsumir em um relatório os dois determinados pelos artigos 50 e 51 e se a Comissão pode ordenar a publicação do relatório a que se refere o artigo 50 antes de passado o prazo indicado no artigo 51”.

A Corte é de opinião:

“1. Que a Comissão é competente, nos termos das atribuições conferidas pelos artigos 41 e 42 da Convenção, para qualificar qualquer norma do direito interno de um Estado-parte como de violação das obrigações que este assumiu ao ratificar ou aderir à mesma, porém não é para opinar se contradiz ou não o regulamento jurídico interno do referido Estado. Quanto à terminologia que a Comissão pode utilizar para qualificar normas internas, a Corte remete-se ao mencionado no parágrafo 35 desta opinião.

2. Que sem diminuição das outras atribuições outorgadas à Comissão pelo artigo 41 da Convenção, declarada inadmissível uma petição ou comunicação de caráter individual (art. 41.f em relação aos arts. 44 e 45.1 da Convenção), não cabem pronunciamentos sobre o mérito.

3. Que os artigos 50 e 51 da Convenção contemplam dois relatórios separados, cujo conteúdo pode ser similar, o primeiro dos quais não pode ser publicado. O segundo pode ser publicado, após prévia decisão da Comissão, adotada por maioria absoluta de votos, depois de passado o prazo outorgado ao Estado para tomar as medidas adequadas.

4. Os relatórios dos artigos 50 e 51 da CADH não podem ser publicados num único relatório”.

Comentários:

Sobre o terceiro item da opinião consultiva, consideramos oportuno transcrever as seguintes passagens do pronunciamento da Corte IDH:

“Superada a admissibilidade e sem prejuízo do procedimento prévio contemplado nos artigos 48 e 49, os artigos 50 e 51 da Convenção estabelecem

etapas sucessivas. Na primeira, regulada pelo artigo 50, a Comissão, sempre e quando não tenha sido alcançada uma solução amistosa, pode expor os fatos e suas conclusões num documento dirigido ao Estado interessado e que tem caráter preliminar. Este 'relatório' é transmitido em caráter sigiloso ao Estado para que adote as proposições e recomendações da Comissão e solucione o problema. O Estado não tem a faculdade de publicá-lo.

Uma correta interpretação do artigo 50, baseada numa ideia de igualdade de partes, implica que a Comissão também não pode publicar este relatório preliminar, o qual é transmitido, na terminologia da Convenção, apenas 'aos Estados interessados'.

(...) Uma segunda etapa está regulada pelo artigo 51 e, nela, se no prazo de três meses o assunto não tiver sido solucionado pelo Estado ao qual se dirigiu o relatório preliminar atendendo às proposições nele formuladas, a Comissão está autorizada, dentro deste período, a decidir se submete o caso à Corte por meio da respectiva demanda ou se continua com o conhecimento do assunto.

Esta decisão não é discricionária e deve se apoiar na alternativa que seja mais favorável para a tutela dos direitos estabelecidos na Convenção.

(...) O artigo 51 faculta à Comissão elaborar um segundo relatório, cuja preparação está submetida à condição de que o assunto não tenha sido submetido à consideração da Corte, dentro do prazo de três meses (...), o que equivale a dizer que, se o caso foi submetido à Corte, a Comissão não está autorizada para elaborar este relatório (...).

Em caso contrário, a Comissão possui a atribuição de redigir um relatório definitivo com as opiniões e conclusões que considera convenientes. Deverá ainda fazer as recomendações pertinentes, dando um prazo adicional ao Estado para que tome as medidas adequadas dirigidas à cumprir suas obrigações dentro da Convenção.

Trata-se, então, de dois documentos que, de acordo com a conduta assumida pelo Estado ao qual se dirigem, podem ou não coincidir em suas conclusões e recomendações aos quais a Convenção deu o nome de 'relatórios' e que possuem caráter um preliminar e outro definitivo.

Pode existir uma terceira etapa posteriormente ao relatório definitivo. Assim, vencido o prazo que a Comissão deu ao Estado para cumprir as recomendações contidas neste último sem que sejam acatadas, a Comissão decidirá o publica ou não, decisão esta que também deve apoiar-se na alternativa mais favorável para a tutela dos direitos humanos.

Nesta ordem de ideias, a pergunta deve ser respondida no sentido de que não pode ser resumido em um só relatório os dois relatórios regulados de maneira separada pelos artigos 50 e 51 da Convenção, já que estabelecem duas etapas diversas, ainda quando o conteúdo destes documentos, de acordo com a conduta assumida pelo Estado afetado, possa ser similar" (§ 48 e seguintes).

14. Opinião Consultiva OC-14/94, de 09.12.1994: Responsabilidade internacional pela expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção (arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

Solicitada pela Comissão Interamericana

A Comissão Interamericana submeteu à Corte uma solicitação de opinião consultiva nos seguintes termos:

1. Quando um Estado parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos dita uma lei que viola manifestamente as obrigações que o Estado tenha contraído ao ratificar a Convenção, quais seriam, nesse caso, os efeitos jurídicos dessa lei tendo em vista as obrigações internacionais desse Estado?
2. Quando um Estado parte na Convenção dita uma lei cujo cumprimento por parte dos agentes ou funcionários desse Estado se traduz numa violação manifesta da Convenção, quais são as obrigações e responsabilidades destes agentes ou funcionários?

A Corte é de opinião:

1. Que a expedição de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção constitui uma violação desta e, no caso de essa violação afetar direitos e liberdades protegidos de indivíduos determinados, gera a responsabilidade internacional do Estado.
2. Que o cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei manifestamente violatória da Convenção gera responsabilidade internacional para o Estado. No caso em que o ato de cumprimento constitua *per se* um crime internacional, gera também a responsabilidade internacional dos agentes ou funcionários que executaram o ato.

15. Opinião Consultiva OC-15/97, de 14.09.1997: Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Solicitada pelo Chile

A República do Chile submeteu à Corte Interamericana um pedido de opinião consultiva, nos seguintes termos:

- a. Pode a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que tenha adotado a respeito de um Estado os dois relatórios a que se referem os artigos 50 e 51 da Convenção e que em relação ao último desses relatórios tenha notificado o Estado de que se trata de um relatório definitivo, modificar substancialmente esses relatórios e emitir um terceiro relatório?
- b. No caso de a Comissão Interamericana, de acordo com a Convenção, não estar autorizada a mudar seu relatório definitivo, qual dos relatórios deverá ser considerado como válido pelo Estado?

A Corte é de opinião:

1. Que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no exercício das atribuições conferidas pelo art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não está autorizada a modificar as opiniões, conclusões e recomendações transmitidas a um Estado Membro, salvo em situações excepcionais como cumprimento parcial ou total das recomendações e conclusões contidas nesse relatório, existência de erros materiais no relatório sobre os fatos do caso ou, também, o descobrimento de fatos que não foram conhecidos no momento de se emitir o relatório e que tivessem uma influência decisiva no conteúdo dele. A solicitação de modificação somente pode ser promovida pelas partes interessadas, isto é, os peticionários e o Estado, antes da publicação do próprio relatório, dentro de um prazo razoável contado a partir de sua notificação. Em tal hipótese se lhes outorgará às partes interessadas a oportunidade de debater sobre os fatos ou erros materiais que motivaram sua petição, de acordo com o princípio de equidade processual. Sob nenhuma circunstância a Comissão está autorizada pela Convenção para emitir um terceiro relatório.
2. Que tendo respondido à primeira pergunta na forma apresentada no parágrafo anterior, é desnecessário responder à segunda.

16. Opinião Consultiva OC-16/99, de 01.10.1999: O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal

Solicitada pelo México

O México submeteu à Corte Interamericana um pedido de opinião consultiva sobre diversos tratados relacionados à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Segundo as manifestações do Estado requerente, a consulta se relaciona às garantias judiciais mínimas e ao devido processo no marco da pena de morte, imposta judicialmente a estrangeiros, a quem o Estado receptor não informou sobre seu direito a comunicar-se e a solicitar a assistência das autoridades consulares do Estado de sua nacionalidade.

O México acrescentou que a consulta tem como antecedente as gestões bilaterais que realizou a favor de alguns de seus nacionais que não teriam sido informados oportunamente pelo Estado receptor sobre seu direito a comunicar-se com as autoridades consulares mexicanas, e teriam sido condenados à morte em dez entidades federativas dos EUA.

De acordo com as manifestações do Estado requerente, a consulta tem os seguintes pressupostos de fato: tanto o Estado que envia como o Estado receptor são Partes na Convenção de Viena sobre Relações Consulares; ambos são membros da OEA e assinaram a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e ainda que o Estado receptor não tenha ratificado a Convenção Americana, ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos da ONU.

Partindo destas premissas, o México solicitou o parecer da Corte sobre os seguintes assuntos:

“Em relação à Convenção de Viena sobre Relações Consulares:

1. No marco do art. 64.1 da Convenção Americana, deve-se entender o art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares no sentido de conter disposições relacionadas à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos?
2. Do ponto de vista do Direito Internacional, a exibilidade dos direitos individuais que o citado art. 36 confere aos estrangeiros, por parte dos interessados frente ao Estado receptor, está subordinada aos protestos do Estado de sua nacionalidade?
3. Tomando em conta o objeto e fim do art. 36.1.b da Convenção de Viena, deve-se interpretar a expressão “sem tardar”, contida nesse preceito, no sentido de requerer que as autoridades do Estado receptor informem a todo estrangeiro detido por delitos puníveis com a pena capital sobre os direitos que lhe confere o próprio art. 36.1.b no momento da prisão e, em todo caso, antes de que o detido preste qualquer declaração ou confissão perante as autoridades policiais ou judiciais?
4. Do ponto de vista do Direito Internacional e, tratando-se de pessoas estrangeiras, quais deveriam ser as consequências jurídicas a respeito da imposição e execução da pena de morte diante da falta de notificação a que se refere o art. 36.1.b da Convenção de Viena?

A respeito do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

5. No marco do art. 64.1 da Convenção Americana, deve-se entender os artigos 2, 6, 14 e 50 do Pacto no sentido de conter disposições relacionadas à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos?
6. No âmbito do art. 14 do Pacto, deve-se entender que o próprio art. 14 deve ser aplicado e interpretado à luz da expressão “todas as salvaguardas possíveis visando um julgamento justo”, contida no parágrafo 5º das Salvaguardas das Nações Unidas [que garantem proteção aos direitos das pessoas condenadas à pena de morte] e que, no caso de estrangeiros acusados ou culpados por delitos puníveis com a pena capital, esta expressão inclui a imediata notificação ao deito ou processado, por parte do Estado receptor, sobre os direitos que lhe confere o art. 36.1.b da Convenção de Viena?
7. No caso de pessoas estrangeiras acusadas ou denunciadas formalmente por delitos puníveis com a pena capital, a omissão da notificação exigida pelo art. 36.1.b da Convenção de Viena com respeito aos interessados, por parte do Estado receptor, se conforma com o direito destas pessoas de dispor dos “meios necessários à preparação de sua defesa” de acordo com o art. 14.3.b do Pacto?
8. No caso de pessoas estrangeiras acusadas ou denunciadas formalmente por delitos puníveis com a pena capital, deve-se entender que as expressões “pelo menos, as seguintes garantias”, contidas no art. 14.3 do Pacto, e “pelo menos igual”, contida no parágrafo 5º das respectivas Salvaguardas das Nações Unidas, eximem o Estado receptor do imediato cumprimento das disposições do art. 36.1.b da Convenção de Viena com respeito ao detido ou processado?
9. No caso de países americanos constituídos como Estados federais que são parte no Pacto de Direitos Civis, e no marco dos artigos 2, 6, 14 e 50 do Pacto, estes Estados estão obrigados a garantir a notificação oportuna

a que se refere o art. 36.1.b da Convenção de Viena a todo indivíduo de nacionalidade estrangeira do preso, detido ou processado em seu território por delitos puníveis com a pena capital; e a adotar disposições conforme o seu direito interno para tornar efetiva em tais casos a notificação oportuna a que se refere esse artigo em todos os seus componentes, se o mesmo direito já não estivesse garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, a fim de dar plena eficácia aos respectivos direitos e garantias consagrados no Pacto?

10. No marco do Pacto e no caso de pessoas estrangeiras, quais deveriam ser as consequências jurídicas a respeito da imposição e execução da pena de morte, diante da falta de notificação a que se refere o art. 36.1.b da Convenção de Viena?

A respeito da Carta da OEA e da Declaração Americana:

11. No caso de prisões e detenções de estrangeiros por delitos puníveis com a pena capital e no marco dos artigos 3.1 da Carta e II da Declaração, a omissão por parte do Estado receptor de notificar o detido ou acusado, sem tardar, sobre os direitos que lhe confere o art. 36.1.b da Convenção de Viena, se conforma com a proclamação da Carta dos direitos humanos, sem distinção por motivos de nacionalidade, e com o reconhecimento da Declaração sobre o direito à igualdade perante a lei sem distinção alguma?

12. No caso de pessoas estrangeiras e no marco do art. 3.1 da Carta da OEA e dos artigos I, II e XXVI da Declaração, quais deveriam ser as consequências jurídicas a respeito da imposição e da execução da pena de morte, diante da falta de notificação a que se refere o art. 36.1.b da Convenção de Viena?"

A Corte é de opinião:

1. Que o art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece ao detido estrangeiro direitos individuais, entre eles o direito à informação sobre a assistência consular, aos quais correspondem deveres correlativos a cargo do Estado receptor.
2. Que o art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares diz respeito à proteção dos direitos do nacional do Estado que envia e está integrado à normativa internacional dos direitos humanos.
3. Que a expressão "sem tardar" utilizada no art. 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares significa que o Estado deve cumprir seu dever de informar o detido sobre os direitos que lhe reconhece este preceito no momento de privá-lo de liberdade e, em todo caso, antes de prestar sua primeira declaração perante a autoridade.
4. Que a observância dos direitos reconhecidos ao indivíduo pelo art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares não está subordinada aos protestos do Estado que envia.
5. Que os artigos 2, 6, 14 e 50 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dizem respeito à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.
6. Que o direito individual à informação estabelecido no art. 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares permite que, nos casos con-

cretos, o direito ao devido processo legal consagrado no art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adquira eficácia; e que este preceito estabeleça garantias mínimas suscetíveis de expansão à luz de outros instrumentos como a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que ampliam o horizonte da proteção dos acusados.

7. Que a inobservância do direito à informação do detido estrangeiro, reconhecido no art. 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, afeta as garantias do devido processo legal e, nestas circunstâncias, a imposição da pena de morte constitui uma violação do direito a não ser privado da vida "arbitrariamente", nos termos das disposições relevantes dos tratados de direitos humanos (v.g. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 4º; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 6º), com as consequências jurídicas inerentes a uma violação desta natureza, isto é, as atinentes à responsabilidade internacional do Estado e ao dever de reparação.
8. Que as disposições internacionais que dizem respeito à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, inclusive a consagrada no art. 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, devem ser respeitadas pelos Estados americanos partes das respectivas convenções, independentemente de sua estrutura federal ou unitária.

17. Opinião Consultiva OC-17/2002, de 28.08.2002: Condição jurídica e direitos da criança

Solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana submeteu à Corte uma solicitação de opinião consultiva sobre a interpretação dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, com o propósito de determinar se as medidas especiais estabelecidas no art. 19 da Convenção constituem limites ao arbítrio ou à discricionariedade dos Estados em relação a crianças, assim como solicitou a formulação de critérios gerais válidos sobre a matéria dentro do marco da Convenção Americana.

Segundo as manifestações da Comissão, existem certas premissas interpretativas que autoridades estatais aplicam no momento de ditar medidas especiais de proteção em favor de menores, as quais tendem ao enfraquecimento das garantias judiciais destes. Estas medidas são as seguintes:

1. Os menores são incapazes de juízo pleno sobre seus atos e por conseguinte sua participação pessoal ou através de seus representantes se reduz ou anula tanto no civil como no penal.
2. Essa carência de juízo e personalidade é presumida pelo funcionário judicial ou administrativo, que, ao tomar decisões que entende baseadas no que considera os "melhores interesses da criança", deixa em segundo plano essas garantias.
3. As condições do entorno familiar da criança (situação econômica e de integração familiar, falta de recursos materiais da família, situação educacional etc.) passam a ser fatores centrais de decisão a respeito do tratamento

quando uma criança ou adolescente é colocado sob a jurisdição penal ou administrativa para decidir sua responsabilidade e sua situação em relação com uma presumida infração, ou para a determinação de medidas que afetam direitos como o direito à família, à residência ou à liberdade.

4. A consideração de que o menor está em situação irregular (abandono, deserção educacional, falta de recursos de sua família etc.) pode ser usada para tentar justificar a aplicação de medidas normalmente reservadas como sanção para figuras delitivas aplicáveis somente sob devido processo.

A Comissão incluiu na consulta uma solicitação à Corte para que se pronuncie especificamente sobre a compatibilidade das seguintes medidas especiais que alguns Estados adotam em relação a menores, com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana:

- a. A separação de jovens de seus pais e/ou família por se considerar, ao arbítrio do órgão decisório e sem devido processo legal, que suas famílias não possuem condições para sua educação e manutenção;
- b. A supressão da liberdade através da internação de menores em estabelecimentos de guarda ou custódia, por considerá-los abandonados ou tendentes a cair em situações de risco ou ilegalidade; causas que não configuram figuras delitivas, mas apenas condições pessoais ou circunstâncias do menor;
- c. A aceitação em sede penal de confissões de menores obtidas sem as devidas garantias.
- d. A tramitação de julgamentos ou procedimentos administrativos nos quais se determinam direitos fundamentais do menor sem a garantia de defesa dele;
- e. A determinação em procedimentos administrativos e judiciais de direitos e liberdades sem a garantia ao direito de ser ouvido pessoalmente e a não consideração da opinião e preferências do menor nessa determinação.

A Corte é de opinião:

1. Que de conformidade com a normativa contemporânea do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual se insere o art. 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as crianças são titulares de direitos e não somente objeto de proteção;
2. Que a expressão “interesse superior da criança”, consagrada no art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, implica que o desenvolvimento desta e o exercício pleno de seus direitos devem ser considerados como critérios reitores para a elaboração de normas e para a aplicação destas em todas as ordens relativas à vida da criança.
3. Que o princípio de igualdade previsto no art. 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não impede a adoção de regras e medidas específicas em relação com as crianças, os quais requerem um tratamento diferente em função de suas condições especiais. Este tratamento deve ser orientado à proteção dos direitos e interesses das crianças.
4. Que a família constitui o âmbito primordial para o desenvolvimento da

criança e o exercício de seus direitos. Por isso, o Estado deve apoiar e fortalecer a família, através das diversas medidas que esta requer para o melhor cumprimento de sua função natural nesse campo.

5. Que deve ser preservada e favorecida a permanência da criança em seu núcleo familiar, salvo se existam razões determinantes para separá-lo de sua família, em função do interesse superior daquele. A separação deve ser excepcional e, preferencialmente, temporal.
6. Que para a atenção às crianças, o Estado deve se valer de instituições que disponham de pessoal adequado, instalações suficientes, meios idôneos e experiência provada neste gênero de tarefas.
7. Que o respeito do direito à vida, em relação com as crianças, abrange não somente as proibições, entre elas, a de privação arbitrária, estabelecidas no art. 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também compreende a obrigação de adotar as medidas necessárias para que a existência das crianças se desenvolva em condições dignas.
8. Que a verdadeira e plena proteção das crianças significa que estas podem disfrutar amplamente de todos seus direitos, entre eles os econômicos, sociais e culturais, que lhes atribuem diversos instrumentos internacionais. Os Estados Partes nos tratados internacionais de direitos humanos têm a obrigação de adotar medidas positivas para assegurar a proteção de todos os direitos da criança.
9. Que os Estados Partes na Convenção Americana têm o dever, conforme os artigos 19 e 17, em relação com o art. 1.1 da mesma, de tomar todas as medidas positivas que assegurem a proteção às crianças contra maus tratos, seja em sua relação com as autoridades públicas, ou nas relações individuais ou com entes não estatais.
10. Que nos procedimentos judiciais ou administrativos em que se resolvam direitos das crianças devem ser observados os princípios e as normas do devido processo legal. Isso abrange as regras correspondentes a juiz natural – competente, independente e imparcial –, dupla instância, presunção de inocência, contradição e audiência e defesa, atendendo as particularidades que derivam da situação específica em que se encontram as crianças e que se projetam razoavelmente, entre outras matérias, sobre a intervenção pessoal de ditos procedimentos e as medidas de proteção que sejam indispensáveis adotar no desenvolvimento destes.
11. Que os menores de 18 anos a quem se atribua a prática de uma conduta delituosa devem ser sujeitos a órgãos jurisdicionais distintos dos correspondentes aos maiores de idade. As características da intervenção que o Estado deve ter no caso dos menores infratores devem refletir na natureza e no funcionamento desses tribunais, assim como na natureza das medidas que eles podem adotar.
12. Que a conduta que motive a intervenção do Estado nos casos aos quais se refere o ponto anterior deve estar descrita na lei penal. Outros casos, como são os de abandono, desamparo, risco ou enfermidade, devem ser atendidos de forma diferente a que corresponde aos procedimentos aplicáveis a quem incorre em condutas típicas. Porém, nesses casos é preciso observar, igualmente, os princípios e as normas do devido processo legal, tanto no

que corresponde aos menores como no que diz respeito a quem exerce direitos em relação a eles, derivados do estatuto familiar, atendendo também às condições específicas nas quais se encontrem as crianças.

13. Que é possível empregar vias alternativas de solução das controvérsias que afetem as crianças, mas é preciso regular com especial cuidado a aplicação destes meios alternativos para que não sejam alterados ou diminuídos os direitos daqueles.

18. Opinião Consultiva OC-18/03, de 17/09/2003: A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados

Solicitada pelo México

O México submeteu à Corte Interamericana um pedido de opinião consultiva sobre a privação do desfrute e exercício de certos direitos trabalhistas aos trabalhadores migrantes e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos; bem como a subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluídas as oponíveis *erga omnes*, em contraste com a consecução de certos objetivos de política interna de um Estado americano. Além disso, a consulta trata sobre o caráter que os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei alcançaram no contexto do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação.

Além disso, o México expôs as considerações que originaram a consulta e, entre elas, afirmou que:

“Os trabalhadores migrantes, bem como o restante das pessoas, devem ter garantido o desfrute e exercício dos direitos humanos nos Estados onde residem. Entretanto, sua vulnerabilidade os torna alvo fácil de violações a seus direitos humanos, em especial baseadas em critérios de discriminação e, em consequência, coloca-os em uma situação de desigualdade perante a lei quanto ao desfrute e exercício efetivos destes direitos.

No contexto já descrito, preocupa-lhe profundamente o Governo do México a incompatibilidade de interpretações, práticas e expedição de leis por parte de alguns Estados da região, com o sistema de direitos humanos da OEA. O Governo do México considera que tais interpretações, práticas ou leis implicam negar, entre outros, direitos trabalhistas com base em critérios discriminatórios fundamentados na condição migratória dos trabalhadores indocumentados. O anterior poderia alentar os empregadores a utilizar essas leis ou interpretações para justificar a perda progressiva de outros direitos trabalhistas. Por exemplo: pagamento de horas extras, antiguidade no emprego, salários atrasados, licença maternidade, abusando assim da condição de vulnerabilidade em que se encontram os trabalhadores migrantes indocumentados. Nesse contexto, as violações aos instrumentos internacionais que protegem os direitos humanos dos trabalhadores migrantes na região constituem uma ameaça real para a vigência dos direitos protegidos por tais instrumentos”.

Com base nas disposições anteriores, o México solicitou a opinião da Corte sobre os seguintes assuntos:

“No contexto do princípio da igualdade jurídica, consagrado no art. II da Declaração Americana, no art. 24 da Convenção Americana, no art. 7º da Declaração Universal e no art. 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

1. Pode um Estado americano, em relação à sua legislação trabalhista, estabelecer um tratamento prejudicial diferenciado para os trabalhadores migrantes indocumentados quanto ao desfrute de seus direitos trabalhistas em relação aos residentes legais ou aos cidadãos, no sentido de que esta condição migratória dos trabalhadores impede *per se* o desfrute de tais direitos?
2. O art. 2º, parágrafo 1º da Declaração Universal e II da Declaração Americana e os artigos 2 e 26 do PIDCP, bem como 1 e 24 da Convenção Americana, devem ser interpretados no sentido de que a permanência legal das pessoas no território de um Estado americano é condição necessária para que este Estado respeite e garanta os direitos e liberdades reconhecidos nestas disposições às pessoas sujeitas à sua jurisdição?
3. À luz das disposições citadas na pergunta anterior, é possível considerar que a privação de um ou mais direitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição indocumentada de um trabalhador migrante, é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei impostas através das disposições mencionadas?

Com fundamento no art. 2º, parágrafos 1 e 2, e no art. 5º, parágrafo 2º, ambos do PIDCP:

4. Qual seria a validade da interpretação, por parte de um Estado americano, no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à igualdade perante a lei e à igual e efetiva proteção da mesma sem discriminação, para a consecução de objetivos de política migratória contidos em suas leis, independentemente da hierarquia que o direito interno atribua a tais leis, diante das obrigações internacionais derivadas do PIDCP e de outras obrigações do Direito Internacional dos Direitos Humanos oponíveis *erga omnes*?

Em razão do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação, em especial, através das disposições mencionadas nos instrumentos mencionados no presente pedido:

5. Atualmente, que caráter tem o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que estabelece o Direito Internacional geral, e nesse contexto, podem ser consideradas como a expressão de regras de *jus cogens*? Se a resposta a esta pergunta for afirmativa, que efeitos jurídicos se derivam para os Estados membros da OEA, individual e coletivamente, no contexto da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o art. 2º, parágrafo 1º, do PIDCP, o cumprimento dos direitos humanos a que se referem o art. 3º, inciso I e o art. 17 da Carta da OEA?”.

A Corte é de opinião:

1. Que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais. Com este propósito, devem adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental, e eliminar as medidas e práticas que restrinjam ou violem um direito fundamental.
2. Que o descumprimento pelo Estado, através de qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera sua responsabilidade internacional.
3. Que o princípio de igualdade e não discriminação possui um caráter fundamental para a proteção dos direitos humanos tanto no Direito Internacional como no interno.
4. Que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação faz parte do Direito Internacional geral, à medida em que é aplicável a todos os Estados, independentemente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*.
5. Que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação, revestido de caráter imperativo, acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares.
6. Que a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o *status* migratório das pessoas.
7. Que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no contexto das garantias mínimas que se devem oferecer a todo migrante, independentemente de seu *status* migratório. O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma.
8. Que a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir uma justificativa para privá-la do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista. O imigrante, ao assumir uma relação de trabalho, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado receptor. Estes direitos são consequência da relação trabalhista.
9. Que o Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros, e não tolerar situações de discriminação em detrimento destes nas relações de trabalho que se estabeleçam entre particulares (empregador-trabalhador). O Estado não deve permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual viole os padrões mínimos internacionais.
10. Que os trabalhadores, ao serem titulares dos direitos trabalhistas, devem contar com todos os meios adequados para exercê-los. Os trabalhadores

migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado receptor, e este último deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática.

11. Que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio de igualdade perante a lei e de não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório.

19. Opinião Consultiva OC-19/2005, de 28.11.2005: Controle de legalidade no exercício das atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41, 44 e 41 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

Solicitada pela Venezuela

A Venezuela submeteu à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva sobre se existe um órgão dentro do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos que disponha das competências necessárias para exercer o controle de legalidade das atuações da Comissão, perante o qual possam recorrer os Estados partes da Convenção em defesa da legalidade. No caso de existir tal órgão, o Estado desejaria conhecer qual é e quais são as suas atribuições.

A Corte opina:

1. Que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como órgão do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, tem plena autonomia e independência no exercício do seu mandato conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.
2. Que a Comissão atua dentro do marco legal estabelecido pela Convenção Americana no exercício das funções que lhe competem no procedimento relativo ao trâmite das petições individuais previsto nos artigos 44 e 51 da Convenção, assim como no exercício de suas outras atribuições destinadas à promoção e proteção dos direitos humanos, consagradas no art. 41 da Convenção.
3. Que a Corte Interamericana, no exercício de suas funções, efetua o controle de legalidade das atuações da Comissão no que se refere ao trâmite dos assuntos que estejam sob o conhecimento da própria Corte, conforme a competência que lhe confere a Convenção Americana e outros instrumentos interamericanos de proteção dos direitos humanos.

20. Opinião Consultiva OC-20/09, de 29.09.2009: Art. 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Solicitada pela Argentina

A Argentina submeteu à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva sobre a interpretação do art. 55 da Convenção Americana em relação à figura do juiz *ad hoc* e sua influência na igualdade de armas no processo perante a Corte no contexto de um caso originado de uma petição individual, assim como a respeito da nacionalidade

dos magistrados da Corte e o direito à um juiz independente e imparcial. Nesse sentido, a Argentina perguntou à Corte o seguinte:

1. De acordo com o previsto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu art. 55.3, a possibilidade de designar um juiz *ad hoc* deve se limitar aos casos em que a demanda interposta perante a Corte tenha sido originada em uma denúncia interestatal?
2. Para aqueles casos originados de uma petição individual, o magistrando nacional do Estado denunciado deve ser impedido de participar da instrução e decisão do caso para garantir uma decisão despida de parcialidade ou influência?

O texto completo do art. 55 da Convenção Americana dispõe que:

1. O juiz que seja nacional de algum dos Estados Partes no caso submetido à Corte conservará seu direito a conhecer do mesmo.
2. Se um dos juízes chamados a conhecer do caso for da nacionalidade de um dos Estados Partes, outro Estado parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para que integre a Corte na qualidade de juiz *ad hoc*.
3. Se entre os juízes chamados a conhecer do caso nenhum for da nacionalidade dos Estados Partes, cada um destes poderá designar um juiz *ad hoc*.
4. O juiz *ad hoc* deve reunir as qualidades previstas no art. 52.
5. Se vários Estados Partes na Convenção Americana tiverem o mesmo interesse no caso, serão considerados como uma só parte para os fins das disposições precedentes. No caso de dúvida, a Corte decidirá.

A Corte opina que:

1. Que conforme o art. 55.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a possibilidade de os Estados Partes no caso submetido à Corte Interamericana, de nomear um juiz *ad hoc* para que integre esse Tribunal quando o mesmo não tiver um juiz de sua nacionalidade, restringe-se aos casos contenciosos originados de comunicações interestatais (art. 45 da Convenção), e que não é possível derivar um direito similar a favor dos Estados Partes em casos originados de petições individuais (art. 44 da Convenção).
2. Que o juiz nacional do Estado demandado não deve participar do conhecimento de casos contenciosos originados de petições individuais.

Comentários:

Conforme observou a Corte IDH em seu pronunciamento consultivo:

“Do sentido corrente das expressões contidas no artigo [55] – ‘algum dos Estados Partes no caso’, ‘um dos Estados Partes’, ‘outro Estado Parte no caso’ e ‘cada um destes’ –, resulta evidente que as hipóteses ali previstas para a composição da Corte num caso concreto têm como pressuposto a

participação de mais de um Estado Parte no mesmo" (§ 30).

Sobre as origens de figura do juiz *ad hoc*, a Corte fez constar o seguinte:

"(...) esta instituição [do juiz *ad hoc*] foi concebida no direito internacional para a resolução de disputas clássicas entre Estados. O artigo 31 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece expressamente esta figura. Em conformidade com esta disposição, que é quase textualmente reproduzida pelo artigo 55 da Convenção Americana (...), os Estados, que se constituem nas únicas partes processuais nas disputas travadas naquele tribunal, podem designar um juiz *ad hoc* se em sua composição não conta com juízes da nacionalidade daqueles Estados.

Ainda, em conformidade com os trabalhos preparatórios do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a incorporação da figura do juiz *ad hoc* teve em suas origens motivações de índole política e diplomática. Naquela época, segundo as circunstâncias que imperavam, pensou-se que se os Estados não podiam assegurar sua representação na Corte, seria impossível obter seu consentimento.

Em razão disso, o Tribunal considera que as diversas disposições do citado artigo 55 (...), semelhante ao artigo 31 da Corte Internacional de Justiça (...), têm como propósito a preservação do equilíbrio processual das partes constituídas por dois ou mais Estados soberanos iguais em direito e cujas relações são governadas sob o princípio da reciprocidade. Tanto é assim que o direito de designar um juiz *ad hoc* nasce para um Estado somente quando o juiz da nacionalidade da outra parte decide fazer uso do seu direito de permanecer conhecendo do caso, ou ainda, quando tanto este quanto o outro Estado parte não contem com um juiz de sua nacionalidade na composição do Tribunal (...).

O Tribunal ressalta que, conforme a Convenção Americana, está chamado a resolver casos contenciosos originados não apenas de comunicações interestatais, mas também de petições individuais. Neste sentido, a Corte não pode deixar de perceber que a figura do juiz *ad hoc*, concebida para manter o equilíbrio processual entre Estados Partes iguais em direito, poderia entrar em conflito com o caráter especial dos modernos tratados de direitos humanos e com a noção de garantia coletiva. O conflito em questão fica mais evidente quando os indivíduos e os Estados se apresentam como partes processuais opostas. Por isso, ao estar expressamente prevista na Convenção Americana, a Corte deve dar à figura do juiz *ad hoc* uma aplicação restrita em conformidade com o propósito do artigo 55 da Convenção" (§ 34 e seguintes).

Sobre a segunda pergunta formulada pela Argentina, ainda considerando que o art. 55 da CADH trata somente de casos interestatais, a Corte IDH, embora tenha afirmado que o mero fato de ser nacional do Estado demandado, em demanda originada de petição individual, não deve suscitar, por si só, dúvidas sobre a imparcialidade ou independência do juiz, registrou que há uma tendência concretizada num crescente consenso no sentido de que os juízes nacionais não devem participar no conhecimento destes casos. Por isso, a Corte advertiu que:

“(…) a questão da nacionalidade do juiz é um fator que deve ser levado em conta pelo Tribunal para afiançar a percepção da imparcialidade objetiva do juiz. (...)”

Em conclusão, o Tribunal considera que o tema da nacionalidade dos juízes está vinculado à apreciação da justiça que a Corte transmite no marco de controvérsias que não correspondem mais ao direito internacional clássico e nas quais o ser humano é o destinatário da proteção oferecida pelo sistema. (...) isso inclui levar em consideração que (...) os Estados já não são os únicos atores nos processos internacionais (...).

Por todos os argumentos expostos (...), a Corte é da opinião de que o juiz que ostenta a nacionalidade do Estado demandado num caso contencioso originado de uma petição individual não deve conhecer da controvérsia”. (§ 84 e seguintes).

21. Opinião Consultiva OC-21/14, de 19.08.2014: Direitos e garantias das crianças no contexto da migração e/ou necessidade de proteção internacional

Solicitada pelos seguintes países: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai

Os países Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai submeteram à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva sobre criança migrante a fim de que o tribunal determine com maior precisão quais são as obrigações dos Estados com relação às medidas passíveis de serem adotadas a respeito de crianças, associada à sua condição migratória, ou a de seus pais.

Os Estados solicitantes apresentaram à Corte as seguintes perguntas específicas:

1. Quais são, à luz dos artigos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 e 25 da Convenção Americana e dos artigos 1, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, os procedimentos que deveriam ser adotados a fim de identificar os diferentes riscos para os direitos das crianças migrantes; determinar as necessidades de proteção internacional; e adotar, no caso, as medidas de proteção especial que sejam necessárias?
2. Quais são as garantias do devido processo que devem vigorar nos processos migratórios que envolvam crianças migrantes?
3. Como deve ser interpretado o princípio de última *ratio* da detenção como medida cautelar no marco dos procedimentos migratórios quando estão envolvidas crianças que se encontrem junto de seus pais, e quando estão envolvidas crianças não acompanhadas ou separadas de seus pais?
4. Quais características devem ter as medidas alternativas adequadas de proteção dos direitos da criança que devem constituir a resposta estatal prioritária para evitar qualquer tipo de restrição à liberdade ambulatoria? Quais são as garantias do devido processo que deveriam ser aplicadas no procedimento de decisão acerca de medidas alternativas à detenção?
5. Quais são as condições básicas que devem cumprir os espaços de alojamento de crianças migrantes e quais são as obrigações principais que têm os Estados a respeito das crianças (sozinhas ou acompanhadas) que se encontrem sob a custódia estatal por razões migratórias?

6. Quais são as garantias do devido processo que devem vigorar nos processos migratórios que envolvam crianças, quando nestes processos sejam aplicadas medidas que restrinjam a liberdade pessoal das crianças?
7. Qual é o alcance e o conteúdo do princípio de não devolução ao serem adotadas medidas que possam implicar o retorno da criança a um país determinado?
8. Quais características devem ter os procedimentos a serem empregados quando se identifica uma potencial solicitação de asilo ou de reconhecimento da condição de refugiado de uma criança migrante?
9. Qual é o alcance que deve ser conferido à proteção do direito das crianças a não serem separadas de seus pais nos casos em que possa ser aplicada uma medida de deportação a um ou ambos os genitores, como consequência migratória?

A Corte opina que:

1. De acordo com o requerido pelos Estados solicitantes, a presente opinião consultiva determina, na sequência, com a maior precisão possível, as obrigações estatais a respeito de crianças, associadas à sua condição migratória ou a de seus pais e que devem, em consequência, os Estados considerar ao adotar, implementar e aplicar suas políticas migratórias, incluindo nelas, segundo corresponda, tanto a adoção ou aplicação das correspondentes normas de direito interno como a assinatura ou aplicação dos pertinentes tratados e/ou outros instrumentos internacionais.
2. Tendo presente, para esses fins, que criança é toda pessoa menor de 18 anos de idade, os Estados devem priorizar o enfoque dos direitos humanos desde uma perspectiva que tenha em conta de forma transversal os direitos das crianças e, em particular, sua proteção e desenvolvimento integral, os quais devem prevalecer sobre qualquer consideração da nacionalidade ou do *status* migratório, a fim de assegurar a plena vigência de seus direitos.
3. Os Estados se encontram obrigados a identificar as crianças estrangeiras que requeiram proteção internacional dentro de suas jurisdições, através de uma avaliação inicial com garantias de segurança e privacidade, com o fim de lhes proporcionar o tratamento adequado e individualizado que seja necessário de acordo com a sua condição de criança e, no caso de dúvida sobre a idade, analisar e determiná-la; determinar se trata-se de menina ou menino não acompanhado ou separado, assim como sua nacionalidade ou, se for o caso, sua condição de apátrida; obter informação sobre os motivos de sua saída do país de origem, de sua separação familiar se for o caso, de suas vulnerabilidades e qualquer outro elemento que evidencie ou negue sua necessidade de algum tipo de proteção internacional; e adotar, caso seja necessário e pertinente de acordo com o interesse superior da criança, medidas de proteção especial.
4. Com o propósito de assegurar um acesso à justiça em condições de igualdade, um efetivo devido processo e velar para que o interesse superior da criança seja uma consideração primordial em todas as decisões que sejam adotadas, os Estados devem garantir que os processos administrativos ou judiciais nos

quais se resolva acerca de direitos das crianças migrantes estejam adaptados a suas necessidades e sejam acessíveis para eles.

5. As garantias do devido processo que, conforme o direito internacional dos direitos humanos, devem reger em todo processo migratório, seja administrativo ou judicial, que envolva crianças, são as seguintes: o direito a ser notificado da existência de um procedimento e da decisão que seja adotada no marco do processo migratório; o direito a que os processos migratórios sejam conduzidos por um funcionário ou juiz especializado; o direito a ser ouvido e a participar nas diferentes etapas processuais; o direito a ser assistido gratuitamente por um tradutor e/ou intérprete; o acesso efetivo à comunicação e assistência consular; o direito a ser assistido por um representante legal e a comunicar-se livremente com dito representante; o dever de designar um tutor no caso de crianças não acompanhadas ou separadas; o direito a que a decisão que seja adotada considere o interesse superior da criança e seja devidamente fundamentada; o direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior com efeito suspensivo; e o prazo razoável de duração do processo.
6. Os Estados não podem recorrer à privação de liberdade de crianças para cautelar os fins de um processo migratório nem tampouco podem fundamentar tal medida no descumprimento dos requisitos para ingressar e permanecer no país no fato de que a criança se encontre só ou separada de sua família, ou na finalidade de assegurar a unidade familiar, toda vez que possam e devam dispor de alternativas menos lesivas e, ao mesmo tempo, proteger de forma prioritária e integral os direitos da criança.
7. Os Estados devem criar e incorporar em seus respectivos ordenamentos internos um conjunto de medidas não privativas de liberdade a serem aplicadas enquanto se desenvolvem os processos migratórios, que tenham como prioridade a proteção integral dos direitos da criança, com estrito respeito de seus direitos humanos e ao princípio de legalidade, e as decisões que sejam ordenadas devem ser adotadas por uma autoridade administrativa ou judicial competente em procedimento que respeite determinadas garantias mínimas.
8. Os espaços de alojamento devem respeitar o princípio de separação e o direito à unidade familiar, de modo tal que as crianças não acompanhadas ou separadas sejam alojadas em locais distintos ao que correspondem aos adultos e, tratando-se de crianças não acompanhadas, alojar-se com seus familiares, salvo se for mais conveniente a separação em aplicação do princípio do interesse superior da criança e, ademais, assegurar condições materiais e um regime adequado para as crianças num ambiente não privativo de liberdade.
9. Em situações de restrição de liberdade pessoal que possam constituir ou eventualmente gerar, pelas circunstâncias do caso concreto, uma medida que materialmente corresponda a uma privação de liberdade, os Estados devem respeitar as garantias que sejam necessárias diante destas situações.
10. Os Estados são proibidos de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechaçar em fronteira ou não admitir, ou de qualquer maneira transferir ou remover uma criança a um Estado quando sua vida, segurança e/ou liberdade estejam em risco de violação pela persecução ou ameaça da

mesma, violência generalizada ou violações massivas aos direitos humanos, entre outros, assim como aonde ocorra o risco de ser submetido a tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou a um terceiro Estado no qual possa ser enviado e nele possa correr esses riscos.

11. De acordo com o estabelecido na Convenção sobre os Direitos da Criança e outras normas de proteção dos direitos humanos, qualquer decisão sobre a devolução da criança ao país de origem ou a um terceiro país seguro somente poderá ser feita segundo o interesse superior da criança, tendo em conta que o risco de violação de seus direitos humanos pode adquirir manifestações particulares e específicas em razão da idade.
12. A obrigação estatal de estabelecer e seguir procedimentos justos e eficientes para poder identificar os potenciais solicitantes de asilo e determinar a condição de refugiado através de uma análise adequada e individualizada das petições com as correspondentes garantias deve incorporar os componentes específicos desenvolvidos à luz da proteção integral devida a todas as crianças, aplicando os princípios reitores e, em especial, o referente ao interesse superior da criança e sua participação.
13. Qualquer órgão administrativo ou judicial que deva decidir acerca da separação familiar por expulsão motivada pela condição migratória de um ou ambos os genitores devem empregar uma análise de ponderação, que contemple as circunstâncias particulares do caso concreto e garanta uma decisão individual, priorizando em cada caso o interesse superior da criança. Naqueles casos em que a criança tem direito à nacionalidade do país do qual um ou ambos os genitores possam ser expulsos, ou cumpre com as condições legais para residir permanentemente ali, os Estados não podem expulsar um ou ambos os genitores por infrações migratórias de caráter administrativo, pois se sacrifica de forma irrazoável ou desmedida o direito à vida familiar da criança.
14. Considerando que as obrigações determinadas anteriormente se referem a um tema tão próprio, complexo e instável da época atual, elas devem ser entendidas como parte do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, processo em que, consequentemente, essa opinião consultiva se insere.

22. Opinião Consultiva OC-22/16, de 26.02.2016: Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos (interpretação e alcance do art. 1.2, em relação com os artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como com o art. 8.1.a e b do Protocolo de San Salvador)

Solicitada pelo Panamá

O Panamá submeteu à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva sobre o alcance do art. 1.2 da Convenção Americana em relação a diversos outros dispositivos desse documento internacional, apresentando as seguintes perguntas à Corte:

1. O art. 1.2 da CADH restringe a proteção interamericana dos direitos humanos às pessoas físicas e exclui do âmbito de proteção da Convenção

as pessoas jurídicas?

2. O art. 1.2 da CADH pode proteger também os direitos de pessoas jurídicas como cooperativas, sindicatos, associações, sociedades, enquanto compostos por pessoas físicas associadas a essas entidades?
3. Podem as pessoas jurídicas acessar os procedimentos da jurisdição interna e esgotar os recursos da jurisdição interna em defesa dos direitos das pessoas físicas titulares dessas pessoas jurídicas?
4. Quais direitos humanos podem ser reconhecidos às pessoas jurídicas ou coletivas (não governamentais) no marco da Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem, da CADH e de seus protocolos ou instrumentos internacionais complementares?
5. No marco da CADH, além das pessoas físicas, as pessoas jurídicas compostas por seres humanos têm direitos à liberdade de associação, à intimidade e vida privada, à liberdade de expressão, à propriedade privada, às garantias judiciais, ao devido processo e à proteção de seus direitos dos artigos 8º e 25, e à igualdade e não discriminacao?
6. Pode uma empresa ou sociedade privada, cooperativa, sociedade civil ou sociedade comercial, um sindicato (pessoa jurídica), um meio de comunicação (pessoa jurídica), uma organização indígena (pessoa jurídica), em defesa de seus direitos e/ou de seus membros, esgotar os recursos da jurisdição interna e acessar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em nome de seus membros (pessoas físicas associadas ou proprietárias da empresa ou sociedade), ou deve fazê-lo cada membro ou sócio em sua condição de pessoa física?
7. Se uma pessoa jurídica, em defesa de seus direitos e dos direitos de seus membros (pessoas físicas associadas ou sócios), acessar a jurisdição interna e esgotar seus procedimentos jurisdicionais, podem seus membros ou associados acessar diretamente a jurisdição internacional da Comissão Interamericana na defesa de seus direitos como pessoas físicas afetadas?
8. No marco da CADH, as pessoas físicas devem esgotar elas mesmas os recursos da jurisdição interna para acessar a Comissão Interamericana em defesa de seus direitos humanos ou podem fazê-lo as pessoas jurídicas das quais participam?

A Corte opina que:

1. O art. 1.2 da CADH somente consagra direitos a favor de pessoas físicas, de modo que as pessoas jurídicas não são titulares dos direitos consagrados na Convenção.
2. As comunidades indígenas e tribais são titulares dos direitos protegidos na Convenção e, portanto, podem acessar o sistema interamericano.
3. O art. 8.1 do Protocolo de San Salvador outorga titularidade de direitos aos sindicatos, às federações e às confederações, o que lhes permite apresentar-se perante o sistema interamericano em defesa de seus próprios direitos no marco do estabelecido no referido dispositivo.
4. As pessoas físicas em alguns casos podem chegar a exercer seus direitos

através de pessoas jurídicas, de modo que nestas situações poderão acessar o sistema interamericano para apresentar as presumidas violações a seus direitos.

5. As pessoas físicas, em algumas situações, podem esgotar os recursos internos mediante recursos interpostos pelas pessoas jurídicas.

Comentários:

Consideramos oportuno transcrever o entendimento da Corte IDH a respeito das comunidades indígenas e tribais como legitimadas para litigarem perante o sistema interamericano para defender direitos das próprias comunidades e não apenas dos seus membros individualmente considerados:

“Numa primeira etapa, ao declarar violações de direitos humanos nos casos relacionados com comunidades indígenas ou tribais, a Corte considerava unicamente como sujeitos de direito os membros das comunidades e não estas últimas como tal. Por isso, eram declaradas como vítimas as pessoas individuais e não a coletividade a que pertenciam.

Em 2012, no *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador* pela primeira vez a Corte reconheceu como titulares de direitos protegidos na Convenção não somente os membros de uma comunidade indígena mas também esta mesma. Neste caso, o Tribunal considerou que haviam sido violados os direitos do povo indígena Kichwa de Sarayaku à consulta, à propriedade comunal indígena, à identidade cultural, às garantias judiciais e à proteção judicial. Além disso, sustentou que o Estado era responsável por ter colocado gravemente em risco os direitos à vida e à integridade pessoal dos mesmos da comunidade. Neste sentido, a Corte manifestou que há alguns direitos que os membros das comunidades indígenas gozam por si mesmos, enquanto que há outros direitos cujo exercício se faz de forma coletiva através das comunidades” (§ 73 e seguintes).

23. Opinião Consultiva OC-23/17, de 15.11.2017: Meio ambiente e direitos humanos (obrigações estatais em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal – interpretação e alcance dos artigos 4.1 e 5.1 em relação aos artigos 1.1 e 2º da CADH)

Solicitada pela Colômbia

A Colômbia submeteu à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva sobre as obrigações dos Estados em relação com o meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal para que a Corte determine de que forma deve ser interpretada a CADH quando exista o risco de que a construção e o uso das novas grandes obras de infraestrutura afetem de forma grave o meio ambiente marinho na Região do Grande Caribe e, conseqüentemente, no habitat humano essencial para o pleno gozo e exercício dos direitos dos habitantes das costas e/ou ilhas de um Estado parte da Convenção Americana, à luz das normas ambientais consagradas em tratados e no direito internacional consuetudinário aplicável entre os respectivos Estados.

Além disso, o Estado solicitante busca que a Corte determine como se deve interpretar a CADH em relação a outros tratados em matéria ambiental que buscam proteger zonas específicas, como é o caso da Convenção para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marino na Região do Grande Caribe, com relação à construção de grandes obras de infraestrutura em Estados partes destes tratados e as respectivas obrigações internacionais em matéria de prevenção, precaução, mitigação do dano e de cooperação entre os Estados que se possam ver afetados.

Com base nisso, a Colômbia apresentou à Corte as seguintes consultas específicas:

I. De acordo com o previsto no art. 1.1 da CADH, deve ser considerado que uma pessoa, ainda que não se encontre no território de um Estado parte, está sujeita à jurisdição desse Estado no caso específico em que, de forma acumulativa, cumpre as quatro condições seguintes?

1. Que a pessoa resida ou se encontre numa zona delimitada e protegida por um regime convencional de proteção do meio ambiente do qual o referido Estado seja parte.

2. Que esse regime convencional preveja uma área de jurisdição funcional, como por exemplo o previsto na Convenção para a Proteção e o Desenvolvimento do Meio Marinho na Região do Grande Caribe.

3. Que nessa área de jurisdição funcional os Estados partes tenham a obrigação de prevenir, reduzir e controlar a poluição por meio de uma série de obrigações gerais e/ou específicas.

4. E que, como consequência de um dano ao meio ambiente ou de um risco de dano ambiental na zona protegida pela convenção de que se trate, e que seja atribuível a um Estado parte da convenção e da CADH, os direitos humanos da pessoa em questão tenham sido violados ou se encontrem ameaçados?

II. As medidas e os comportamentos, que por ação ou por omissão, de um dos Estados partes, cujos efeitos sejam suscetíveis de causar um dano grave ao meio ambiente marinho – o qual consiste em fonte indispensável para o sustento da vida dos habitantes da costa e/ou ilhas de outro Estado parte –, são compatíveis com as obrigações formuladas nos artigos 4.1 e 5.1, lidos em relação com o art. 1.1 da CADH?

III. Devemos interpretar, e em qual medida, as normas que estabeleçam a obrigação de respeitar e de garantir os direitos e liberdades previstos nos artigos 4.1 e 5.1 da CADH, no sentido de que destas normas decorre a obrigação a cargo dos Estados membros da CADH de respeitar as normas que advêm do direito internacional do meio ambiente e que buscam impedir um dano ambiental suscetível de limitar ou impossibilitar o gozo efetivo do direito à vida e à integridade pessoal, e que uma das maneiras de cumprir essa obrigação é através da realização de estudos de impacto ambiental numa zona protegida pelo direito internacional e da cooperação com os Estados que resultem afetados? Se for aplicável, quais parâmetros gerais deveriam ser levados em consideração na realização dos estudos de impacto ambiental na Região do Grande Caribe e qual deveria ser o seu conteúdo mínimo?

A Corte opina que:

1. O conceito de jurisdição do art. 1.1 da CADH abrange toda situação na qual um Estado exerça autoridade ou controle efetivo sobre as pessoas, seja dentro ou fora de seus território.
2. Para determinar as circunstâncias que revelam o exercício da jurisdição por parte de um Estado, é necessário examinar as circunstâncias fáticas e jurídicas particulares de cada caso concreto e não basta a localização desta pessoa numa zona geográfica determinada como a zona de aplicação de um tratado para a proteção ambiental.
3. De acordo com o art. 1.1 da CADH, entende-se que as pessoas cujos direitos convencionais foram violados por causa de um dano transfronteiriços se encontram sob a jurisdição do Estado de origem do referido dano, na medida que esse Estado exerce um controle efetivo sobre as atividades que são conduzidas em seu território ou sob sua jurisdição.
4. Com o propósito de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade das pessoas sob sua jurisdição, os Estados têm a obrigação de prevenir danos ambientais significativos, dentro ou fora do seu território, devendo regular, supervisionar e fiscalizar as atividades sob sua jurisdição que possam produzir um dano significativo ao meio ambiente; realizar estudos de impacto ambiental quando exista risco de dano significativo ao meio ambiente; estabelecer um plano de contingência para o fim de ter medidas de segurança e procedimentos para minimizar a possibilidade de grandes acidentes ambientais, e limitar o dano ambiental significativo que tenha produzido.
5. Os Estados devem atuar conforme o princípio da precaução para o fim de proteger o direito à vida e à integridade pessoal frente a possíveis danos graves ou irreversíveis ao meio ambiente, mesmo na ausência de certeza científica.
6. Com o propósito de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade das pessoas sob sua jurisdição, os Estados têm a obrigação de cooperar, de boa fé, para a proteção contra danos transfronteiriços significativos ao meio ambiente. Para o cumprimento desta obrigação, os Estados devem notificar os Estados potencialmente afetados quando tenham conhecimento que uma atividade planejada sob sua jurisdição possa gerar um risco de danos significativos transfronteiriços e em casos de emergências ambientais, assim como consultar e negociar, de boa fé, com os Estados potencialmente afetados por danos transfronteiriços significativos.
7. Com o propósito de garantir os direitos à vida e à integridade das pessoas sob sua jurisdição, em relação à proteção do meio ambiente, os Estados têm a obrigação de garantir o direito ao acesso à informação relacionada com possíveis afetações ao meio ambiente; o direito à participação pública das pessoas sob sua jurisdição na tomada de decisões e políticas que possam afetar o meio ambiente, assim como o direito de acesso à justiça em relação com as obrigações ambientais estatais.

Comentários:

Recordando que a função consultiva constitui um serviço prestado a todos os integrantes do sistema interamericano, com o propósito de coadjuvar no cumprimento dos seus compromissos internacionais, a Corte IDH registrou que considera que:

“(…) a partir da interpretação das normas relevantes, sua resposta à consulta apresentada terá uma utilidade concreta para os países da região na medida em que permitirá precisar, de forma clara e sistemática, as obrigações estatais em relação à proteção do meio ambiente no marco de suas obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos a toda pessoa sob sua jurisdição. Isto conduzirá à determinação dos princípios e obrigações concretas que os Estados devem cumprir em matéria de proteção do meio ambiente para respeitar e garantir os direitos humanos das pessoas sob sua jurisdição a fim de adotar as medidas que sejam adequadas e pertinentes” (§ 23).

Sobre a relação interdependente entre a proteção do meio ambiente, o desenvolvimento sustentável e os direitos humanos no direito internacional, a Corte IDH anotou que:

“(…) [ela] tem sido afirmada desde a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (...), na qual se estabeleceu que ‘o desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e criar na Terra as condições necessárias para melhorar a qualidade da vida’, afirmando-se a necessidade de equilibrar o desenvolvimento com a proteção do meio ambiente’. Posteriormente, na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (...), os Estados reconheceram que ‘os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável’ e, ainda, destacaram que ‘a fim de alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deverá constituir parte integrante do processo de desenvolvimento’. Da mesma forma, na Declaração de Johannesburg sobre o Desenvolvimento foram estabelecidos os três pilares do desenvolvimento sustentável: o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção ambiental. (...)”

Como consequência da estreita relação entre a proteção do meio ambiente, o desenvolvimento sustentável e os direitos humanos (...), atualmente (i) múltiplos sistemas de proteção de direitos humanos reconhecem o direito ao meio ambiente saudável como um direito em si mesmo, particularmente o sistema interamericano de direitos humanos, ao mesmo tempo que não há dúvida que (ii) outros múltiplos direitos humanos são violados com a degradação do meio ambiente, o que conduz a uma série de obrigações ambientais dos Estados para cumprir suas obrigações de respeito e garantia destes direitos. Precisamente, outra consequência da interdependência e indivisibilidade entre os direitos humanos e a proteção do meio ambiente é que, na determinação destas obrigações estatais, a Corte pode fazer uso dos princípios, direitos e obrigações do direito ambiental internacional, os quais, como parte do *corpus iuris* internacional, contribuem de forma decisiva para

fixar o alcance das obrigações decorrentes da Convenção Americana nesta matéria (...)” (§ 52 e seguintes).

No sistema interamericano, o direito a um meio ambiente saudável está previsto expressamente no art. 11 do Protocolo de San Salvador, segundo o qual: “1) Toda pessoa tem direito a viver num meio ambiente saudável e a contar com serviços públicos básicos; e 2) Os Estados Partes promoverão a proteção, a preservação e o melhoramento do meio ambiente”. Além disso, conforme anotou a Corte (§§ 57 e 58), o direito ao meio ambiente saudável também deve ser considerado como incluído entre os direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo art. 26 da CADH, sendo encontrado também, entre outros documentos internacionais, na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (art. 19), na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (art. 24), na Declaração de Direitos Humanos da Associação de Nações do Sudeste da Ásia (art. 28.f) e na Carta Árabe de Direitos Humanos (art. 38).

Para a Corte, o direito humanos a um meio ambiente saudável deve ser entendido como um direito com conotações tanto individuais quanto coletivas:

“(…) Em sua dimensão coletiva, o direito a um meio ambiente saudável constitui um interesse universal, que se deve tanto às gerações presentes quanto às futuras. Contudo, o direito ao meio ambiente saudável também tem uma dimensão individual, na medida em que sua violação pode ter repercussões diretas ou indiretas sobre as pessoas devido à sua conexão com outros direitos, tais como o direito à saúde, à integridade pessoal ou à vida, entre outros. A degradação do meio ambiente pode causar danos irreparáveis nos seres humanos, motivo pelo qual um meio ambiente saudável é um direito fundamental para a existência da humanidade (§ 59).

Na sequência, em interessante passagem da OC-23, a Corte IDH reconheceu o direito ao meio ambiente saudável como um direito autônomo, advertindo sobre uma tendência de se reconhecer também a personalidade jurídica da natureza, que também seria titular de direitos:

“Esta Corte considera importante ressaltar que o direito ao meio ambiente saudável como direito autônomo, diferentemente de outros direitos, protege os componentes do meio ambiente, tais como bosques, rios, mares e outros, como interesses jurídicos em si mesmos, ainda que na ausência de certeza ou evidência sobre o risco às pessoas individuais. Trata-se de proteger a natureza e o meio ambiente não somente pela sua conexão com uma utilidade para o ser humano ou pelos efeitos que sua degradação poderia causar em outros direitos das pessoas, como a saúde, a vida ou a integridade pessoal, mas sim pela sua importância para os demais organismos vivos com quem se compartilha o planeta, também merecedores de proteção em si mesmos. Neste sentido, a Corte adverte sobre uma tendência de se reconhecer personalidade jurídica e, por isso, direitos à natureza não somente em sentenças judiciais, como também em ordenamentos constitucionais” (§ 62).

Para a Corte IDH, conforme já se afirmou anteriormente, os danos ambientais podem afetar todos os direitos humanos. No entanto, alguns direitos humanos são mais suscetíveis a determinados tipos de dano ambiental. Assim, a Corte ressaltou que os direitos especialmente vinculados ao meio ambiente podem ser classificados em dois grupos: a) os direitos cujo desfrute é particularmente vulnerável à degradação do meio ambiente, também identificados como direitos substantivos (por exemplo, os direitos à vida, à integridade pessoal, à saúde ou à propriedade); e b) os direitos cujo exercício requer uma melhor formulação de políticas ambientais, também identificados como direitos de procedimento (tais como a liberdade de expressão e associação, à informação, à participação na tomada de decisões e a um recurso efetivo) (§ 64).

Noutra passagem da OC-23, a Corte IDH abordou a responsabilidade do Estado por danos ao meio ambiente praticados por particulares, um assunto muito relevante e atual, especialmente no contexto brasileiro de grandes desastres ambientais causados com o rompimento de barragens de rejeitos:

“A Corte tem advertido que um Estado não pode ser responsável por qualquer violação de direitos humanos cometida entre particulares dentro de sua jurisdição. O caráter *erga omnes* das obrigações convencionais de garantia incumbidas aos Estados não gera uma responsabilidade ilimitada deles frente a qualquer ato ou fato de particulares; e isso porque ainda que um ato, omissão ou fato de particular tenha como consequência jurídica a violação de determinados direitos humanos de outro particular, aquele não é automaticamente atribuível ao Estado, devendo-se verificar as circunstâncias particulares do caso e a concreção destas obrigações de garantia. No marco da proteção do meio ambiente, a responsabilidade internacional do Estado decorrente da conduta de terceiros pode resultar da falta de regulação, supervisão ou fiscalização das atividades destes terceiros que causem um dano ao meio ambiente” (§ 119).

Sobre o conteúdo e o alcance da responsabilidade do Estado em relação à proteção do meio ambiente, a Corte IDH assim se manifestou:

“(…) tendo em conta as dificuldades que implicam a planificação e a adoção de políticas públicas e as escolhas de caráter operativo que devem ser tomadas em função de prioridades e recursos, as obrigações positivas do Estado devem ser interpretadas de forma que não se imponha às autoridades um ônus impossível ou desproporcional. Para que surja essa obrigação positiva, deve ser estabelecido que: (i) no momento dos fatos as autoridades sabiam ou deveriam saber da existência de uma situação de risco real e imediato para a vida do indivíduo ou grupo de indivíduos determinados, e não adotaram as medidas necessárias dentro do âmbito de suas atribuições que razoavelmente podiam ser esperadas para prevenir ou evitar este risco; e (ii) que existe uma relação de causalidade entre a afetação da vida ou da integridade e o dano significativo causado ao meio ambiente.

Por outro lado, a obrigação de garantir também implica que os Estados adotem medidas positivas que permitam e ajudem os particulares a exercer seus direitos. Neste sentido, devem ser adotadas medidas para que

se difunda informação sobre o uso e a proteção da água e das fontes de alimentação adequada (...). Além disso, em casos particulares de pessoas ou grupos de pessoas que não estejam em condições de acessar por si mesmos a água e uma alimentação adequada, por razões alheias à sua vontade, os Estados devem garantir um mínimo essencial de água e alimentação. Se um Estado não tem os recursos para cumprir com esta obrigação, deve demonstrar que adotou todos os esforços possíveis para utilizar todos os recursos disponíveis com o fim de cumprir, em caráter prioritário, essas obrigações mínimas” (§§ 121 e 122).

No que diz respeito à obrigação de prevenção de danos ambientais, a Corte afirmou que embora não seja possível indicar de forma detalhada todas as medidas que poderiam ser adotadas para que os Estados cumpram com sua obrigação de prevenção, pois variam conforme o direito atingido e segundo as condições próprias de cada Estado, pode-se indicar pelo menos algumas obrigações mínimas que os Estados devem adotar dentro da obrigação geral de tomar as medidas apropriadas para prevenir violações dos direitos humanos como consequência de danos ambientais. Estas obrigações mínimas, para a Corte IDH, são as seguintes: a) regular; b) supervisionar e fiscalizar; c) exigir e aprovar estudos de impacto ambiental; d) estabelecer um plano de contingência; e e) mitigar em casos de ocorrência de dano ambiental (§§ 144 e 145).

Finalmente, encerramos estes comentários sobre a OC-23 chamando a atenção do leitor para o seguinte: após o julgamento do *Caso Lagos del Campo vs. Peru* – já resumido e explicado anteriormente –, a judicialização do direito ao meio ambiente perante o sistema interamericano não mais pode ser feita apenas de forma indireta, mediante a conexão com um direito civil ou político previsto na CADH (fenômeno conhecido como *greening* ou esverdeamento dos direitos humanos), mas também de forma direta, entendendo-se o direito ao meio ambiente como inserido no catálogo protegido pelo art. 26 da CADH. A Corte IDH chegou à esta conclusão no § 57 da OC-23, ressaltando que o direito ao meio ambiente pode ser extraído dos artigos 30, 31, 33 e 34 da Carta da OEA, quando fazem menção à obrigação dos Estados de assegurarem o “desenvolvimento integral” dos povos.

24. Opinião Consultiva OC-24/17, de 24.11.2017: Identidade de gênero e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e os direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao art. 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Solicitada pela Costa Rica

A Costa Rica submeteu à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva sobre a interpretação e o alcance dos artigos 11.2, 18 e 24 da CADH em relação ao art. 1º também da Convenção, apresentando as seguintes perguntas:

1. Levando em conta que a identidade de gênero é uma categoria protegida pelos artigos 1º e 24 da CADH, além do estabelecido nos artigos 11.2 e 18

da Convenção, esta proteção contempla a obrigação de o Estado reconhecer e facilitar a mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma?

2. Se a resposta à consulta anterior for positiva, pode-se considerar contrário à CADH que a pessoa interessada em modificar seu nome somente possa assim proceder mediante processo jurisdicional, e não através de um procedimento administrativo?
3. Pode-se entender que o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica deve ser interpretado de acordo com a CADH no sentido de que as pessoas que desejem mudar seu nome a partir de sua identidade de gênero não estão obrigadas a submeter-se ao processo jurisdicional ali contemplado, mas sim que o Estado deve prover-lhes um trâmite administrativo gratuito, rápido e acessível para exercer esse direito humano?
4. Levando em conta que a não discriminação por motivos de orientação sexual é uma categoria protegida pelos artigos 1º e 24 da CADH, além do estabelecido no art. 11.2 da Convenção, essa proteção contempla a obrigação de o Estado reconhecer todos os direitos patrimoniais que derivem de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo?
5. Se a resposta anterior for afirmativa, é necessária a existência de uma figura jurídica que regule os vínculos entre pessoas do mesmo sexo para que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que derivam desta relação?

A Corte opina que:

1. A mudança de nome e em geral a adequação dos registros públicos e dos documentos de identidade para que estes sejam conformes à identidade de gênero autopercebida constitui um direito protegido pelos artigos 3º, 7.1, 11.2 e 18 da CADH, em relação aos artigos 1.1 e 24 da Convenção, de modo que os Estados estão na obrigação de reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos adequados para tais fins.
2. Os Estados devem garantir que as pessoas interessadas na retificação da anotação do gênero ou no caso as menções do sexo, sem mudar seu nome, adequar sua imagem nos registros e/ou nos documentos de identidade de conformidade com sua identidade de gênero autopercebida, possam acessar um procedimento ou trâmite: a) focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que sejam exigidos requisitos como certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) deve ser confidencial. Ademais, as mudanças, correções ou adequações nos registros, e os documentos de identidade não devem refletir as mudanças em conformidade com a identidade de gênero; d) deve ser rápido e na medida do possível gratuito; e e) não deve exigir operações cirúrgicas e/ou hormonais. O procedimento que melhor se adequa a esses elementos é o procedimento ou trâmite materialmente administrativo ou notarial. Os Estados podem oferecer paralelamente uma via administrativa, que possibilite a escolha pela pessoa.
3. O art. 54 do Código Civil da Costa Rica, em sua redação atual, seria

conforme às disposições da CADH unicamente se ele for interpretado, seja em sede judicial ou regulamentado administrativamente, no sentido de que o procedimento que essa norma estabelece possa garantir que as pessoas que desejam mudar seus dados de identidade para que sejam conformes à sua identidade de gênero autopercebida seja um trâmite materialmente administrativo, que cumpra com os seguintes aspectos: a) deve priorizar a adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) deve estar baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que lhe sejam exigidos requisitos como certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) deve ser confidencial. Além das mudanças, correções ou adequações nos registros, os documentos de identidade não devem mencionar as mudanças em conformidade com a identidade de gênero; d) deve ser rápido e na medida do possível gratuito; e e) não deve exigir a comprovação de intervenções cirúrgicas e/ou tratamentos hormonais. Consequentemente, em virtude do controle de convencionalidade, o art. 54 do Código Civil deve ser interpretado em conformidade com os parágrafos estabelecidos para que as pessoas que desejam adequar integralmente os registros e/ou os documentos de identidade à sua identidade de gênero autopercebida possam gozar efetivamente desse direito humano reconhecido nos artigos 3, 7, 11.2, 13 e 18 da CADH.

4. O Estado da Costa Rica, com o propósito de garantir de maneira mais efetiva a proteção dos direitos humanos, poderá expedir um regulamento mediante o qual incorpore os parâmetros antes mencionados ao procedimento de natureza administrativa o qual pode oferecer de forma paralela.
5. A CADH, em virtude do direito à proteção da vida privada e familiar, assim como do direito à proteção da família, protege o vínculo familiar que possa derivar de uma relação de um casal do mesmo sexo.
6. O Estado deve reconhecer e garantir todos os direitos que derivem de um vínculo familiar entre pessoas do mesmo sexo em conformidade com o estabelecido nos artigos 11.2 e 17.1 da CADH.
7. De acordo com os artigos 1.1, 2, 11.2, 17 e 24 da CADH, é necessário que os Estados garantam o acesso a todas as figuras já existentes nos ordenamentos jurídicos internos, incluindo o direito ao matrimônio, para assegurar a proteção de todos os direitos das famílias integradas por casais do mesmo sexo, sem discriminação a respeito das constituídas por casais heterossexuais.

Comentários:

Consideramos importante destacar o seguinte trecho da OC-24, em que a Corte IDH enfrenta a aplicação do entendimento adotado para crianças e adolescentes:

“No que diz respeito à regulação dos procedimentos de mudança de nome, adequação da imagem e retificação da referência ao sexo ou gênero, nos registros e nos documentos de identidade de crianças, esta Corte recorda inicialmente que, conforme anotado em outros casos, as crianças são titulares dos mesmos direitos que os adultos e todos os direitos reconhecidos na Con-

venção Americana, além de contar com as medidas especiais de proteção contempladas no artigo 19 da Convenção, as quais devem ser definidas segundo as circunstâncias particulares de cada caso concreto. (...)

(...) esta Corte entende que as considerações relacionadas com o direito à identidade de gênero que foram desenvolvidas anteriormente também são aplicáveis às crianças que desejam apresentar solicitações para que se reconheça nos documentos e nos registros sua identidade de gênero autopercebida. Este direito deve ser entendido conforme as medidas de proteção especial disponíveis a nível interno em conformidade com o artigo 19 da Convenção, as quais devem estar de acordo com os princípios do interesse superior da criança, da autonomia progressiva, de ser escutado e a que se leve em conta sua opinião em todo procedimento que o afete, em respeito aos direitos à vida, ao desenvolvimento e ao princípio de não discriminação. Por fim, resulta importante ressaltar que qualquer restrição que se imponha ao exercício pleno deste direito através de disposições que tenham como finalidade a proteção das crianças, unicamente poderá justificar-se conforme a estes princípios e não deverá resultar desproporcional. (...)” (§ 149 e seguintes).

Sobre a natureza do procedimento, vejamos as considerações da Corte:

“Ante o exposto, pode-se sustentar que embora os Estados tenham em princípio uma possibilidade para determinar, de acordo com a realidade jurídica e social nacional, os procedimentos mais adequados para cumprir com os requisitos para um procedimento de retificação do nome, e se for o caso, da referência ao sexo/gênero e à imagem fotográfica nos documentos de identidade e nos registros correspondentes, também é certo que o procedimento que melhor se ajusta aos requisitos estabelecidos nesta opinião é aquele de natureza materialmente administrativa ou notarial, considerando que o processo de caráter jurisdicional eventualmente pode incorrer, em alguns Estados, em excessivas formalidades e demoras que existem nos trâmites desta natureza. (...)

Por outro lado, um trâmite de caráter jurisdicional encaminhado a obter uma autorização para que se possa materializar efetivamente a expressão de um direito destas características representaria uma limitação excessiva para o solicitante e não seria adequado porque deve se tratar de um procedimento materialmente administrativo, seja em sede judicial, seja em sede administrativa. Neste sentido, a autoridade encarregada deste trâmite somente poderia opor-se ao mencionado requerimento, sem violar a possibilidade de autodeterminar-se e o direito à vida privada do solicitante, se constataste algum vício na expressão do consentimento livre e informado do solicitante. Assim, uma decisão relacionada com uma solicitação de adequação ou retificação com base na identidade de gênero não deveria poder discutir o direito, mas apenas possuir uma natureza declarativa, pois deve se limitar a verificar se os requisitos foram cumpridos e a analisar a manifestação de vontade do requerente. (...)” (§§ 159 e 160).

A jurisprudência nacional está em conformidade com a OC-24/2017, com a exceção

de apenas um ponto que logo iremos comentar.

No que diz respeito ao entendimento da Corte IDH sobre a desnecessidade da criação de novas figuras jurídicas para o matrimônio de pessoas do mesmo sexo, o STF já havia decidido, em 05.05.2011, pelo reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4.277, rel. min. Ayres Britto, Plenário, j. 05.05.2011), no que foi acompanhado, em 2013, pelo CNJ, que editou a Resolução nº 175 para vedar às autoridades competentes a recusa da habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Sobre o reconhecimento da identidade de gênero, o STF – explicitamente inspirado pela OC-24/2017 –, estabeleceu o seguinte no julgamento da ADI 4.275:

“1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou supressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprova sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e de classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente” (ADI 4.275, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão min. Edson Fachin, Plenário, j. 01.03.2018).

Na sequência deste julgamento, em 28.06.2018, o CNJ, fazendo menção à OC-24/2017 num dos seus *considerandos*, adotou o Provimento nº 73, que “Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN)”.

A divergência entre a Corte IDH e o STF/CNJ na matéria relaciona-se com a extensão do direito à identidade de gênero – com o correspondente procedimento para alteração dos seus documentos para que se ajustem à sua identidade de gênero autopercebida – aos menos de 18 anos. Conforme vimos anteriormente, a Corte entende que “Este direito deve ser entendido conforme as medidas de proteção especial disponíveis a nível interno em conformidade com o artigo 19 da Convenção, as quais devem estar de acordo com os princípios do interesse superior da criança, da autonomia progressiva, de ser escutado e que se leve em conta sua opinião em todo procedimento que o afete, em respeito aos direitos à vida, ao desenvolvimento e ao princípio de não discriminação”. O STF se omitiu neste ponto³⁸⁶ e o CNJ adotou o entendimento de que somente maiores de 18 anos podem

³⁸⁶ No julgamento da ADI 4.275, apenas o min. Alexandre de Moraes tentou iniciar uma discussão a respeito deste ponto, mas foi ignorado: “E há mais um problema aqui, que a lei argentina regulamentou: a questão dos menores de idade. Nós teríamos aqui também que analisar. E os menores de idade? Se, eventualmente, o posicionamento de ir diretamente ao cartório prevalecer, os menores de idade poderão alterar? Com a decisão judicial, como me referi anteriormente, acredito que sim, dependendo do contexto. Ah, mas os menores de idade poderão alterar? E a lei argentina assim adotou: com a autorização dos pais. Mas me parece também que, para uma maior segurança jurídica do próprio menor de idade, um procedimento de jurisdição voluntária seria adequado”.

requerer ao ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais a alteração e a averbação do prenome e do gênero a fim de adequá-las à identidade de gênero autopercebida (Provimento nº 73, art. 2º, *caput*). A nosso ver, nada impede que menores de 18 anos requeiram judicialmente – representados por seus pais ou, havendo colidência, por meio de curador especial – a alteração dos seus documentos para que se amoldem à sua identidade de gênero autopercebida.

25. Opinião Consultiva OC-25/18, de 30.05.2018: A instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no sistema interamericano de proteção (interpretação e alcance dos artigos 5, 22.7 e 22.8 em relação com o art. 1.1 da CADH).

Solicitada pelo Equador

O Equador submeteu à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva sobre a instituição do asilo em suas diversas formas e a legalidade de seu reconhecimento como direito humano de todas as pessoas conforme o princípio da igualdade e não discriminação. O Equador apresentou à Corte as seguintes perguntas:

- a. Levando em conta os princípios de igualdade e não discriminação por razões de qualquer condição social previstos nos artigos 2.1, 5º e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o princípio pro homine e a obrigação de respeitar todos os direitos humanos de todas as pessoas em toda circunstância e sem distinções desfavoráveis, assim como os artigos 31 e 2 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e o artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os artigos 28 e 30 da Declaração Universal de direitos Humanos, é cabível que um Estado, grupo ou indivíduo realize atos ou adote uma conduta que na prática signifique o desconhecimento das disposições estabelecidas nos instrumentos de direitos humanos mencionados, incluindo o artigo 5º da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de maneira que se atribua aos artigos 22.7 e XXVII da Convenção Americana e da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, respectivamente, um conteúdo restringido quanto à forma ou modalidade do asilo, e quais consequências jurídicas deveriam ser produzidas sobre os direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa afetada por esta interpretação regressiva?
- b. É cabível que um Estado, alheio à determinada convenção sobre asilo, obstaculize, impeça ou limite a ação de outro Estado que é parte na convenção de forma que não possa cumprir com as obrigações e compromissos contraídos em virtude deste instrumento, e quais deveriam ser as consequências jurídicas desta conduta para a pessoa que se encontra asilada?
- c. É cabível que um Estado, alheio à determinada convenção sobre asilo ou que permaneça num regime jurídico regional distinto daquele no qual se concedeu o asilo, entregue quem goza do estatuto de asilado ou refugiado ao agente perseguidor, violando o princípio da não devolução, argumentando que a pessoa asilada perde esta condição por se encontrar num país estranho ao referido regime jurídico, ao exercer seu direito de livre mobilidade humana, e quais deveriam ser as consequências jurídicas derivadas desta conduta sobre o direito ao asilo e os direitos humanos da pessoa asilada?

- d. É cabível que um Estado adote uma conduta que na prática limite, diminua ou menoscabe qualquer forma de asilo, argumentando para isso que não confere validade a certos enunciados de valor ético e jurídico como são as leis da humanidade, os ditados da consciência pública e a moral universal, e quais deveriam ser as consequências jurídicas que decorreriam do desconhecimento destes enunciados?
- e. É cabível que um Estado indefira asilo a uma pessoa que solicita esta proteção numa de suas sedes diplomáticas aduzindo que outorga-lo seria fazer mal uso dos locais que ocupa a Embaixada, ou que concedê-lo desta forma seria estender indevidamente as imunidades diplomáticas a uma pessoa sem *status* diplomático, e quais deveriam ser as consequências jurídicas destes argumentos sobre os direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa afetada, tendo em conta que poderia se tratar de uma vítima de perseguição política ou de atos de discriminação?
- f. É cabível que o Estado asilante denegue uma solicitação de asilo ou refúgio ou revogue o estatuto concedido como consequência da formulação de denúncias ou do início de um processo legal contra a pessoa, havendo indícios claros de que as denúncias têm um ensejo político e que sua entrega poderia dar lugar a uma cadeia de fatos que determinaria causando graves danos ao sujeito, isto é, degradantes, à pessoa reclamada?
- g. Considerando que os Estados têm a faculdade de outorgar asilo e refúgio com base em disposições expressas de direito internacional que reconhecem estes direitos baseados em razões humanitárias e na necessidade de proteger o mais fraco e vulnerável quando determinadas circunstâncias alimentam em tais pessoas fundados temores acerca de sua segurança e liberdade. Tal prerrogativa pode ser exercida pelo Estado em conformidade com o artigo 22.7 da Convenção Americana, o artigo 14.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, de expressas disposições da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, e seu Protocolo de Nova York, de 1967, assim como de Convenções regionais sobre asilo e refúgio, e de normas pertencentes à ordem interna de tais Estados, disposições que reconhecem o direito de qualificação a favor do Estado de acolhida, o que inclui avaliação e valoração de todos os elementos e circunstâncias que alimentam os temores do asilado e fundamentam sua busca de proteção, incluindo os delitos comuns que pretenda atribuir-lhe o agente de perseguição, tal como este fato se encontra refletido nos artigos 4.4 e 9.c das Convenções Americanas de Extradição e de Assistência Judiciária Mútua em Matéria Penal, respectivamente.

Portanto, com fundamento nestas premissas e à luz da obrigação de natureza *erga omnes* de proibição da tortura, tal como consta na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, e dos artigos 5º, 7º e 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (que estabelecem o direito à integridade pessoal, o direito à liberdade pessoal e o direito a contar com garantias judiciais, respectivamente), se um mecanismo de proteção dos direitos humanos pertencente ao Sistema das Nações Unidas chegasse a determinar que a conduta de um Estado pode ser interpretada como desconhecimento do direito de qualificação exercido pelo Estado que asila, causando com isso

a prolongação indevida do asilo ou refúgio, motivo pelo qual o referido mecanismo provou que o procedimento que tenha incorrido o referido Estado conduz à violação dos direitos processuais da pessoa refugiada ou asilada, reconhecidos tanto nas cláusulas citadas da Convenção Americana como nos artigos 7º, 9º, 10 e 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (o direito a não ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; o direito à liberdade e segurança pessoais de maneira que ninguém pode ser submetido a detenção ou prisão arbitrárias; o direito à dignidade inerente ao ser humano a que tem toda pessoa privada de liberdade; e o direito à igualdade de todas as pessoas perante os tribunais de justiça, assim como a outras garantias judiciais, respectivamente), cabe ao Estado que tenha sido objeto da resolução de um mecanismo multilateral pertencente ao Sistema das Nações Unidas, mediante o qual se lhe atribuiu responsabilidade na violação dos direitos de uma pessoa asilada ou refugiada consagrados nos artigos 5º, 7º e 8º da CADH, e dos artigos 7º, 9º, 10 e 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, solicitar cooperação judicial em matéria penal ao Estado asilante sem ter em conta a mencionada resolução nem sua responsabilidade na violação dos direitos da pessoa asilada?

A Corte IDH é de opinião que:

1. O direito à buscar e receber asilo no marco do sistema interamericano se encontra configurado como um direito humano a buscar e receber proteção internacional em território estrangeiro, incluindo com esta expressão o estatuto do refugiado segundo os instrumentos pertinentes das Nações Unidas ou as correspondentes leis nacionais, e o asilo territorial conforme as diversas convenções interamericanas sobre a matéria.
2. O asilo diplomático não se encontra protegido pelo art. 22.7 da CADH ou pelo art. XXVII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, regendo-se pelas próprias convenções de caráter interestatal que o regulam e pelo disposto nas legislações internas.
3. O princípio da não devolução é exigível por qualquer pessoa estrangeira, incluídas aquelas em busca de proteção internacional, sobre a qual o Estado em questão esteja exercendo autoridade ou que se encontre sob seu controle efetivo, independentemente de se encontrar no território terrestre, fluvial, marítimo ou aéreo do Estado.
4. O princípio da não devolução não somente exige que a pessoa não seja devolvida, mas também impõe obrigações positivas para os Estados.

Comentários:

Para a Corte IDH, o asilo é uma figura que abrange a totalidade das instituições vinculadas à proteção internacional das pessoas forçadas a sair de seu país de nacionalidade ou residência habitual, compreendendo diversas modalidades:

“O asilo em sentido estrito ou asilo político é a proteção que um Estado oferece a pessoas que não são seus nacionais quando sua vida, integridade pessoal,

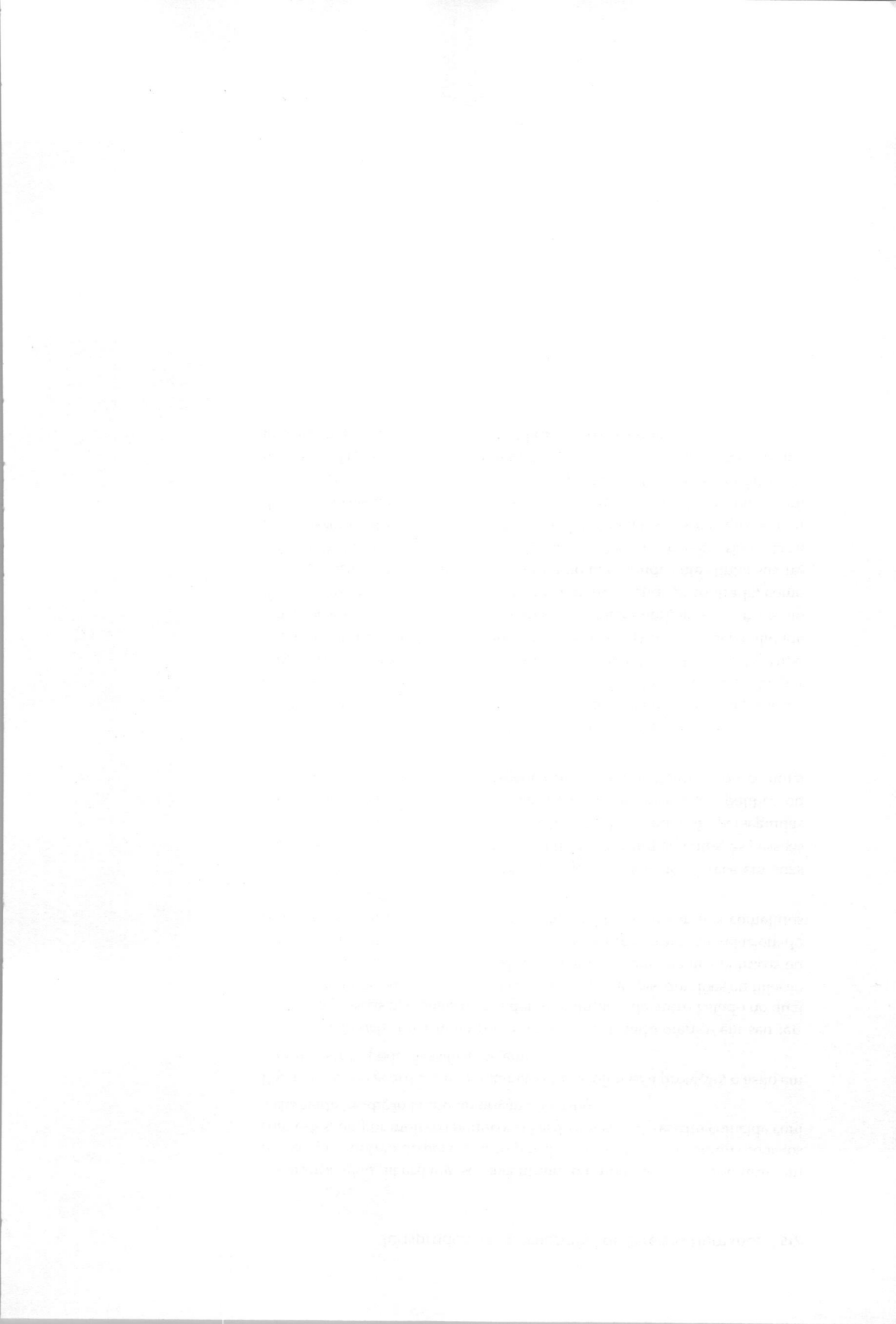
segurança e/ou liberdade se encontram ou poderiam se encontrar em perigo, por motivo de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com estes, ou por motivos políticos. O asilo em sentido estrito coincide com a chamada 'tradição latino-americana do asilo'.

Por sua vez, de acordo com o lugar em que se oferece a proteção, o asilo em sentido estrito pode classificar-se em:

i) *Asilo territorial*: consiste na proteção que um Estado oferece em seu território às pessoas nacionais ou residentes habituais de outro Estado no qual são perseguidas por motivos políticos, por suas crenças, opiniões ou filiação política ou por atos que possam ser considerados como delitos políticos ou comuns conexos. O asilo territorial se encontra intrinsecamente relacionado com a proibição de extradição por delitos políticos ou comuns cometidos com fins políticos.

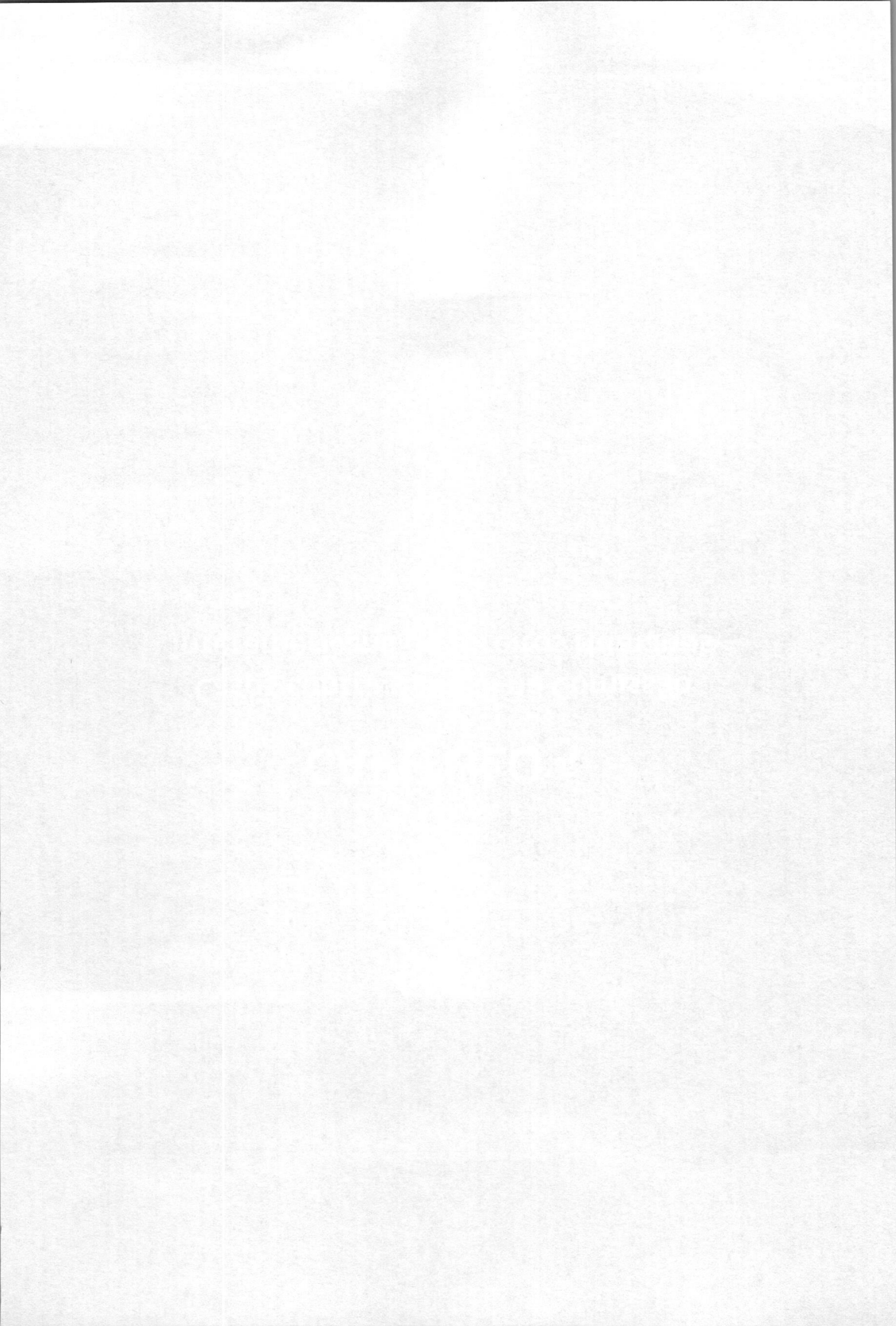
ii) *Asilo diplomático*: consiste na proteção que um Estado oferece em suas legações, navios de guerra, aeronaves militares e acampamentos, às pessoas nacionais ou residentes habituais de outro Estado no qual são perseguidas por motivos políticos, por suas crenças, opiniões ou filiação política ou por atos que possam ser considerados como delitos políticos ou comuns conexos.

O asilo sob o estatuto de refugiado, de acordo com a definição tradicional e com a definição regional ampliada da Declaração de Cartagena, compreende a proteção daquela pessoa que, devido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opiniões políticas, se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, devido a estes temores, não queira abrigar-se na proteção do seu país; ou que carecendo de nacionalidade e sendo encontrado, como consequência de tais acontecimentos fora do país aonde antes tinha sua residência habitual, não possa ou, devido a estes temores não queria voltar a ele. O termo 'refugiado(a)' é aplicável também àquelas pessoas que saíram de seus países de origem porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que perturbem gravemente a ordem pública" (§ 66 e seguintes).



CAPÍTULO 5

**Casos contra o Brasil na Comissão
Interamericana de Direitos Humanos**



CAPÍTULO 5

CASOS CONTRA O BRASIL NA COMISSÃO
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Nota explicativa sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Evolução histórica do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

A história do sistema interamericano se desenvolve, no início, de forma paralela ao princípio da solidariedade pan-americana, remontando ao Congresso do Panamá, realizado em 1826, que, por sua vez, teve raízes na Carta da Jamaica (1815), que apresentava a ideia original de Simón Bolívar, e na Doutrina Monroe, anunciada pelo então presidente dos Estados Unidos, James Monroe, em 1823. Tanto Bolívar quanto Monroe, cada um a seu modo, o primeiro pelo sul, e o segundo pelo norte, lutaram pela independência dos Estados americanos contra a ameaça de recolonização por parte de potências europeias, em especial as que integravam a Santa Aliança, uma coligação das monarquias do Império Russo, do Império Austríaco e do Reino da Prússia³⁸⁷.

Com isso, podemos dividir a evolução histórica do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos em cinco etapas: a) antecedentes da criação (1826-1948); b) inauguração e formação do sistema (1948-1959); c) início do período de monitoramento (1959-1969); d) institucionalização convencional do sistema (1969-1978); e e) consolidação e aperfeiçoamento do sistema (1978-dias de hoje)³⁸⁸.

Etapa dos antecedentes da criação (1826-1948)

A etapa dos antecedentes da criação do sistema interamericano pode ser dividida em três fases³⁸⁹.

A primeira fase inicia-se com a realização do Congresso do Panamá, em 1826, que foi

³⁸⁷ Para uma construção histórica mais minuciosa dos antecedentes do sistema interamericano, cf. NAVIA, Rafael Nieto. *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos*. Bogotá: Editorial Temis, 1993, p. 9 e seguintes; BUERGENTHAL, Thomas; NORRIS, Robert E.; SHELTON, Dinah. *La protección de los derechos humanos en las américas*. Madrid: Editorial Civitas, 1990, p. 31 e seguintes; HANASHIRO, Olaya Silvia Machado Portella. *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001, p. 25 e seguintes.

³⁸⁸ Com algumas diferenças, o estabelecimento dessas etapas é baseado em: CANÇADO TRINDADE, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 32-33; e HANASHIRO, Olaya Silvia Machado Portella. *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001, p. 25 e seguintes.

³⁸⁹ Essa divisão é proposta por HANASHIRO, Olaya Silvia Machado Portella. *O Sistema Interamericano...*, p. 25-29. O resumo que apresentamos das três fases foi realizado a partir do trabalho da autora, com apoio, também, em NAVIA, Rafael Nieto. *Introducción al sistema interamericano...*, p. 9 e seguintes.

o primeiro de uma série de encontros regionais para se discutir formas de cooperação entre os Estados americanos, ocasião em que foi aprovado o Tratado de União Perpétua, Liga e Confederação, que uniria a Grande Colômbia (formada por Colômbia, Equador, Panamá e Venezuela), México, América Central e Peru. No texto desse tratado, destacavam-se os seguintes pontos: a) a criação de uma confederação dos Estados americanos para a consolidação da paz e da defesa solidária dos direitos desses países; b) a defesa da independência política e integridade territorial dos Estados americanos; c) o princípio da democracia representativa como condição *sine qua non* para pertencer à União; d) a codificação do direito internacional, o princípio da cidadania continental que estabelecia a igualdade jurídica entre os nacionais e os estrangeiros de um Estado; e e) o compromisso das altas partes contratantes de cooperarem na abolição da escravidão. Embora esse tratado não tenha entrado em vigor, pois foi ratificado somente pela Grande Colômbia, ele é apontado como o grande antecedente do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos³⁹⁰.

Outros congressos regionais foram realizados no decorrer do século XIX, a maioria deles para responder a problemas mais específicos, até que, em 1889, inicia-se a *segunda fase* da evolução histórica do sistema interamericano, caracterizada por um ciclo de conferências internacionais americanas realizadas a cada quatro anos, em diferentes capitais do continente³⁹¹. Essas conferências, que, de forma gradual, foram construindo o que viria a ser o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, ocorreram regularmente até 1938, tendo sido interrompidas somente a Primeira Guerra Mundial. Além das conferências ordinárias programadas, em virtude da Segunda Guerra Mundial, os Estados americanos reuniram-se em seis ocasiões durante o período de 1936 a 1947 para examinar problemas sobre guerra, paz e segurança. A primeira dessas conferências especializadas foi a Conferência Interamericana para a Manutenção da Paz, realizada em Buenos Aires, em 1936, quando se estabeleceu um novo mecanismo ou procedimento, chamado de “consulta”, para responder a situações imprevistas e urgentes. Conforme ressalta Nieto, “Quase como se os Estados americanos houvessem previsto o futuro, quando estoura o conflito mundial já estava estabelecido o mecanismo de consulta e se realizaram três reuniões durante o período da guerra: a primeira no Panamá em 1939, a segunda em Havana em 1940 e a terceira no Rio de Janeiro em 1942”³⁹².

Antes de passarmos para a *terceira fase* da evolução histórica do sistema interamericano, que tem início com o fim da Segunda Guerra Mundial, convém registrar que a proteção dos direitos humanos no continente americano não foi um fenômeno exclusivo do pós-Guerra, havendo aspectos importantes tanto no antecedente mais remoto do sistema, que foi o Congresso do Panamá (1826), quando se reconheceu o princípio da

³⁹⁰ HANASHIRO, Olaya Silvia Machado Portella. *O Sistema Interamericano...*, p. 26; NAVIA, Rafael Nieto. *Introducción al sistema interamericano...*, p. 11.

³⁹¹ Conforme registra Hanashiro (*O sistema Interamericano...*, p. 26), nesse período foram realizadas oito conferências: I Conferência, Washington (1889-1890); II Conferência, Cidade do México (1901-1902); III Conferência, Rio de Janeiro (1906); IV Conferência, Buenos Aires (1910); V Conferência, Santiago (1923); VI Conferência, Havana (1928); VII Conferência, Montevideu (1933); e VIII Conferência, Lima (1938).

³⁹² *Introducción al sistema interamericano...*, p. 16.

igualdade jurídica entre nacionais e estrangeiros, como em convenções internacionais adotadas desde 1902 sobre questões envolvendo estrangeiros, asilo e nacionalidade, paz e direitos da mulher³⁹³.

Voltando ao percurso histórico do sistema interamericano, a *terceira fase* da sua evolução começa com a Conferência Interamericana de Chapultepec, realizada na Cidade do México, em 1945, para discutir os “Problemas da Guerra e da Paz”, quando tem início o processo de *institucionalização jurídica* do sistema da OEA tal como se conhece hoje³⁹⁴. Durante essa conferência, foram aprovadas diversas resoluções, algumas delas sobre a matéria da proteção internacional dos direitos humanos, como a que tratava da reorganização, consolidação e fortalecimento do sistema interamericano, fornecendo, portanto, as bases concretas para que fosse criada uma organização de Estados americanos³⁹⁵.

Em 1947, no Rio de Janeiro, em conferência especializada sobre segurança coletiva, os Estados americanos aprovaram o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), formalizando e detalhando o mecanismo de consulta que havia sido discutido e implementado na Conferência de Buenos Aires (1936)³⁹⁶.

Finalmente, em 1948, na Nona Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, é inaugurado o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos propriamente dito³⁹⁷, com a aprovação de diversos documentos, mas principalmente da Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA) e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH)³⁹⁸. A Carta da OEA entrou em vigor em 13.12.1951, tendo sido, posteriormente, objeto de quatro importantes reformas introduzidas pelo *Protocolo de Buenos Aires* (1967), pelo *Protocolo de Cartagena das Índias* (1985), pelo *Protocolo de Washington* (1992) e pelo *Protocolo de Manágua* (1993).

Etapa da inauguração e formação do sistema (1948-1959)

A Carta da OEA, assim como a Carta da ONU, possuía poucas disposições relativas aos direitos humanos, limitando-se mais a criar e a estruturar a Organização dos Estados Americanos. A referência mais importante – apesar de muito vaga – aos direitos humanos encontra-se no art. 3.I da Carta, por meio do qual “Os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo”. A Carta da OEA, no entanto, não definiu quais eram esses direitos nem estabeleceu um mecanismo para promovê-los ou protegê-los³⁹⁹.

³⁹³ BUERGENTHAL, Thomas; NORRIS, Robert E.; SHELTON, Dinah. *La protección de los derechos humanos...*, p. 33; CANÇADO TRINDADE, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 32-33.

³⁹⁴ HANASHIRO, Olaya Silvia Machado Portella. *O Sistema Interamericano...*, p. 27.

³⁹⁵ NAVIA, Rafael Nieto. *Introducción al sistema interamericano...*, p. 16.

³⁹⁶ NAVIA, Rafael Nieto. *Introducción al sistema interamericano...*, p. 17.

³⁹⁷ HANASHIRO, Olaya Silvia Machado Portella. *O Sistema Interamericano...*, p. 27.

³⁹⁸ NAVIA, Rafael Nieto. *Introducción al sistema interamericano...*, p. 18.

³⁹⁹ BUERGENTHAL, Thomas; NORRIS, Robert E.; SHELTON, Dinah. *La protección de los derechos*

E a DADDH, embora tenha tido – e ainda tenha, conforme veremos mais à frente – uma grande importância para o sistema interamericano, sendo a base central da matéria no período que antecede a adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1969⁴⁰⁰, além de não ter estabelecido um mecanismo de proteção dos direitos humanos, não foi adotada na forma de tratado, mas sim por meio de *resolução*, o que atenuou a sua força jurídica e prejudicou o seu caráter obrigatório para os Estados membros da OEA. Conforme explicam Quiroga e Rojas:

“O muito incipiente estado de desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos impediu que os Estados que integravam a Organização dos Estados Americanos adotassem uma convenção internacional que produzisse obrigações para os Estados partes e que estabelecesse um mecanismo internacional para o controle do cumprimento destas obrigações. A maioria dos Estados se inclinou por adotar somente uma declaração, isto é, um documento que conteria um conjunto de princípios para guiar a conduta dos Estados no âmbito dos direitos humanos, mas que não estabeleceria obrigações vinculantes para os assinantes. Isto determinou, naturalmente, a decisão de não criar um mecanismo internacional para a proteção dos direitos nela incorporados”⁴⁰¹.

Assim, inaugurado e formado o sistema interamericano, inclusive com a adoção de outros tratados relativos aos direitos humanos no continente⁴⁰², ele só foi entrar em efetivo funcionamento em 1959, data em que se produziu um fato que deu real começo ao sistema: a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), mediante a Resolução VIII da Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores⁴⁰³.

Etapas do início do período de monitoramento (1959-1969)

O período de monitoramento efetivo dos direitos humanos tem início com a criação da CIDH, em 1959, conforme apontado anteriormente, por meio de *resolução* da Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores. A Comissão Interamericana nasce sem *base convencional* e com poderes limitados à “promoção dos direitos humanos”, o que compreendia, segundo a interpretação da própria Comissão, a formulação de recomendações gerais para os Estados membros da OEA, a preparação de relatórios geográficos e até mesmo, com a anuência do respectivo Governo, as visitas *in loco*. No entanto, em sua primeira sessão, realizada em 1960, a CIDH manifestou o entendimento

humanos..., p. 34.

⁴⁰⁰ CANÇADO TRINDADE, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 3, p. 33.

⁴⁰¹ QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Chile: Centro de Estudios de Derechos Humanos, 2007, p. 14-15.

⁴⁰² Tais como a Convenção sobre a Concessão de Direitos Cíveis e Políticos à Mulher (1949), a Convenção sobre Asilo Territorial (1954) e a Convenção sobre Asilo Diplomático (1954).

⁴⁰³ QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. *Sistema Interamericano...*, p. 15.

de que o seu Estatuto não lhe conferia competência para apreciar petições individuais, ainda que pudesse levá-las em conta e utilizá-las como fonte de informação ao preparar os informes sobre países⁴⁰⁴.

As atribuições da CIDH foram ampliadas em 1965 mediante uma resolução da Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, a qual lhe conferiu competência para receber petições ou comunicações sobre violações de direitos humanos. Conforme explica Cançado Trindade:

“Assim, os poderes da Comissão passaram a compreender, a par do sistema de relatórios (de tipos distintos, como relatórios de sessões, relatórios anuais e relatórios sobre determinados países), o exame de comunicações, visitas a Estados (com sua aquiescência), e preparo de estudos e seminários. Seus poderes, originalmente limitados, expandiram-se mediante um processo de interpretação liberal e extensiva; o fato de que seus membros atuavam em sua capacidade pessoal – e não como representantes dos respectivos Estados – certamente favoreceu a interpretação liberal e ampla do Estatuto e do Regulamento da Comissão”⁴⁰⁵.

Etapa da institucionalização convencional do sistema (1969-1978)

O próximo passo da evolução histórica do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos ocorre com a sua *institucionalização convencional*, quando é adotada, em 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em San José, na Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida, em reconhecimento à hospitalidade do país anfitrião, como Pacto de San José da Costa Rica.

Desde o início da etapa de *formação* do sistema interamericano, com as sucessivas conferências internacionais realizadas no continente, já se pretendia adotar um instrumento normativo de caráter vinculante para estabelecer o catálogo de direitos humanos e os meios de proteção destes direitos. Esse processo histórico foi acelerado a partir de 1959, quando a Quinta Reunião de Ministros das Relações Exteriores, realizada em Santiago, no Chile, adotou a decisão de impulsionar a preparação de uma convenção sobre direitos humanos. O projeto elaborado pelo Conselho Interamericano de Jurisconsultos foi apresentado na Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, em 1965, ocasião em que, junto de outras propostas, foi encaminhado ao Conselho da OEA e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que fosse estudado e submetido também aos Estados membros da Organização. Uma nova Conferência Especializada Interamericana foi realizada em 1969, em San José, na Costa Rica, quando, sobre a base dos projetos do Conselho Interamericano de Jurisconsultos e da CIDH, e levando em conta, ainda, as proposições e observações apresentadas pelos Estados, em 21

⁴⁰⁴ BUERGENTHAL, Thomas; NORRIS, Robert E.; SHELTON, Dinah. *La protección de los derechos humanos...*, p. 37.

⁴⁰⁵ CANÇADO TRINDADE, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 3, p. 35-36.

de novembro, foi aprovado o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁰⁶.

Essa etapa de *institucionalização* do sistema interamericano se encerra em 1978, quando a CADH entra em vigor, após o depósito do 11º instrumento de ratificação na Secretaria-Geral da OEA.

Etapas da consolidação e do aperfeiçoamento do sistema (1978-dias de hoje)

A última etapa da evolução histórica do sistema interamericano é a da sua *consolidação*, que vai de 1978, data em que a CADH entra em vigor, até os dias de hoje. Essa etapa é marcada pelo início da construção jurisprudencial – contenciosa e consultiva – da Corte IDH, pela ampliação do *corpus* normativo do sistema interamericano e pela proposta ou implementação de medidas para aperfeiçoar o sistema.

A divisão do sistema interamericano em dois subsistemas

Como resultado dessa evolução histórica, o sistema interamericano acabou se dividindo em dois subsistemas, sendo um mais *geral*, chamado de subsistema da OEA, que se baseia na Carta da OEA, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e no Estatuto da CIDH, tendo a CIDH como órgão de proteção e aplicando-se a todos os Estados membros da OEA; e outro mais *exigente*, chamado de subsistema da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que se baseia nesta e se aplica somente para os Estados que a tenham ratificado, tendo como órgãos de proteção a CIDH e a Corte IDH⁴⁰⁷.

Conforme veremos a seguir, a CIDH participa de ambos os subsistemas como órgão de monitoramento dos direitos humanos no continente americano, daí decorrendo o seu *papel duplice*.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é um dos órgãos – junto com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) – de monitoramento, proteção e promoção dos direitos humanos no continente americano. Diferentemente da Corte IDH, que integra exclusivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a Comissão pertence tanto à Organização dos Estados Americanos (OEA) – é o seu principal órgão – quanto à CADH, sendo que essa dupla integração orgânica possui repercussões práticas muito relevantes, conforme veremos mais a frente.

A CIDH tem sede em Washington (EUA), podendo também reunir-se em qualquer Estado americano quando o decidir por maioria absoluta de votos e com a anuência ou a convite do respectivo Governo.

Conforme já vimos anteriormente, a CIDH foi criada em agosto de 1959 – ou seja,

⁴⁰⁶ Ledesma, p. 54.

⁴⁰⁷ BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio; NIKKEN, Pedro. *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Caracas/San José: IIDH, 1990, p. 79.

dez anos antes da adoção da Convenção Americana –, em Santiago, Chile, durante a V Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores (Resolução nº VIII)⁴⁰⁸. Conforme registram Buergethal, Grossman e Nikken, “Essa decisão foi objetada por alguns governos que consideraram duvidoso que uma instituição como a Comissão pudesse ser criada no marco de uma Reunião de Consulta, sem recorrer a uma reforma da Carta [da OEA] ou à adoção de um tratado especial”⁴⁰⁹.

Assim, por não ter *base convencional* – previsão expressa na Carta da OEA –, a CIDH era considerada uma unidade autônoma da Organização dos Estados Americanos.

O primeiro período de sessões da Comissão ocorreu em outubro de 1960, em Washington DC, EUA, após a aprovação do seu primeiro Estatuto pelo Conselho da OEA, que também elegeu os primeiros membros da CIDH. A partir de 1961, a Comissão deu início à prática das visitas *in loco* para observar a situação geral dos direitos humanos num país ou para investigar um caso em particular, publicando posteriormente *informes especiales* com suas observações.

A CIDH teve os seus poderes aumentados progressivamente, conquistando a competência para receber petições ou comunicações individuais sobre violações de direitos humanos em 1965, quando, na Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, Brasil, seu Estatuto foi modificado para ampliar e fortalecer seu papel no sistema interamericano. Antes disso, uma recomendação ao Conselho da OEA para que as atribuições da CIDH fossem aumentadas já havia sido feita em 1962, em Punta del Este, Uruguai, por resolução adotada na VIII Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores. Importante considerar que nessa época a Convenção Americana ainda não havia sido adotada, de modo que o *instrumento de trabalho* da CIDH era exclusivamente o texto da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Posteriormente, em 1967, durante a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária, realizada em Buenos Aires, Argentina, foi aprovado um Protocolo de Reformas à Carta da OEA (Protocolo de Buenos Aires), incluindo a CIDH entre os órgãos permanentes da Organização dos Estados Americanos, lhe conferindo, portanto, a *base convencional* que lhe foi cobrada por alguns governos quando da sua criação. Com o Protocolo de Buenos Aires, o *status* jurídico da Comissão fortaleceu-se, pondo fim, segundo a lição de Cançado Trindade, a eventuais objeções a sua competência: “(...) a Comissão passava assim a ser dotada, finalmente, de base convencional, com um mandato não mais apenas

⁴⁰⁸ A reunião de consulta dos Ministros das Relações Exteriores está disciplinada no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, artigos 61 a 69. Conforme observa Cançado Trindade, “(...) ao criar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Reunião de Consulta, concebida originalmente como órgão de consulta para problemas de natureza urgente afetando a paz e segurança continentais, de certo modo ampliava ela própria sua competência *ratione materiae*, exercendo pela primeira vez desde a adoção da Carta de Bogotá um poder de ‘institucionalização’, reservado pela Carta original da Organização dos Estados Americanos (OEA) (artigo 33) à Conferência Interamericana” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 35).

⁴⁰⁹ BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio; NIKKEN, Pedro. *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Caracas/San José: Editorial Jurídica Venezolana e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 92.

de promoção, mas também de controle e supervisão da proteção de direitos humanos”⁴¹⁰. Assim, o art. 106 da Carta da OEA passou a prever que “Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria”.

O processo de *institucionalização* da CIDH se completa com a adoção da CADH em 1969 e com a sua entrada em vigor em 1978, que a previu como órgão competente – junto com a Corte – para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes da Convenção (art. 33.a), estabelecendo sua organização, suas funções, sua competência e também diretrizes procedimentais para processar uma petição ou comunicação na qual se alegue uma violação de direitos humanos consagrados na CADH (artigos 34 a 50). Conforme sintetiza Hanashiro, “A Comissão, aos poucos, foi se fortalecendo e deixando de ser apenas um órgão de promoção internacional para ser também um órgão de proteção internacional”⁴¹¹.

No que diz respeito ao regime jurídico da CIDH, além de ela estar inserida na Carta da OEA como um órgão da Organização (art. 106), também é regida juridicamente pela CADH (artigos 34 a 50), assim como pelo seu Estatuto, elaborado pela Comissão e aprovado pela Assembleia Geral da OEA em 1979 – logo após a entrada em vigor da CADH (1978), sendo que o seu primeiro Estatuto era do ano de 1960 –, e pelo seu Regulamento, expedido por ela própria em 1980, modificado posteriormente diversas vezes, sendo a última em 2013, entrando em vigor, com as alterações, em agosto de 2013. Sobre o tema, dispõe o art. 39 da CADH: “A Comissão elaborará seu estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembleia Geral e expedirá seu próprio Regulamento”.

Funções da CIDH

Inicialmente, muito por conta do seu regime jurídico não lhe colocar num plano *convencional*, o que dificultava a sua atuação, a função da Comissão Interamericana se limitava mais à uma atividade de *promoção* dos direitos humanos por meio da preparação de estudos, de relatórios e de recomendações aos Estados. Com o passar dos tempos, conforme vimos anteriormente, a Comissão foi alcançando mais poderes, tornando-se, por exemplo, o órgão do sistema interamericano competente para receber e processar as petições individuais sobre violação de direitos humanos.

⁴¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume III..., p. 36-37.

⁴¹¹ HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001, p. 36. Em sentido semelhante, afirma Cançado Trindade que “Seus poderes [da CIDH], originalmente limitados, expandiram-se mediante um processo de interpretação liberal e extensiva; o fato de que seus membros atuavam em sua capacidade pessoal – e não como representantes dos respectivos Estados – certamente favoreceu a interpretação liberal e ampla do Estatuto e do Regulamento da Comissão” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume III..., p. 35-36).

Atualmente, as funções da CIDH estão previstas no art. 41 da CADH e nos artigos 18, 19 e 20 do seu Estatuto, sendo que no Estatuto estão divididas segundo o *papel duplice* desempenhado pela Comissão: como órgão da OEA e da CADH. A repercussão prática mais relevante desse *papel duplice* ou dessa *dualidade de regime jurídico* da CIDH consiste na possibilidade de a Comissão atuar tanto em face de Estados que tenham aderido à Convenção Americana, quando seu *instrumento de trabalho* será, então, o texto da CADH, quanto em face de Estados membros da OEA que não tenham aderido à Convenção, contra os quais utilizará o texto da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Nesse sentido, dispõe o Regulamento da CIDH que “A Comissão receberá e examinará a petição que contenha denúncia sobre presumidas violações dos direitos humanos consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem com relação aos Estados membros da Organização que não sejam partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (art. 51).

O *papel duplice* da CIDH também determinará a consequência processual nos casos em que a apreciação de mérito for no sentido do estabelecimento da violação de direitos humanos pelo Estado demandado: tratando-se de Estado que tenha aderido à CADH (e aceitado a jurisdição contenciosa da Corte IDH), a Comissão poderá ajuizar uma *ação de responsabilidade internacional* contra o respectivo Estado na Corte Interamericana, enquanto que, tratando-se de Estado que não tenha aderido à CADH ou, tendo aderido, não tenha aceitado a jurisdição contenciosa da Corte IDH, a Comissão poderá aplicar ao Estado apenas uma medida de caráter não decisório que traz consigo somente um *constatamento político internacional*, consistente na publicação de relatório e na inclusão deste no Relatório Anual à Assembleia-Geral da OEA ou em qualquer meio que considerar adequado.

As funções da CIDH podem ser classificadas em três categorias principais: a) consideração de petições individuais denunciando a violação de algum dos direitos protegidos; b) preparação e publicação de informes sobre a situação dos direitos humanos num determinado país; e c) outras atividades orientadas à promoção dos direitos humanos, tais como os trabalhos de assessoria que pode oferecer aos Estados ou a preparação de projetos de tratados que permitam oferecer uma maior proteção aos direitos humanos.

Assim, de acordo com o Estatuto da CIDH, em relação aos Estados membros da OEA que não aderiram à CADH, a Comissão tem as seguintes atribuições: a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b) formular recomendações aos Governos dos Estados no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos, no âmbito de sua legislação, de seus preceitos constitucionais e de seus compromissos internacionais, bem como disposições apropriadas para promover o respeito a esses direitos; c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d) solicitar aos Governos dos Estados que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar assessoramento que eles lhe solicitarem; f) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização no qual se levará na devida conta o regime jurídico aplicável aos Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aos Estados que não o são; g) fazer observações in loco em um Estado, com

a anuência ou a convite do Governo respectivo; h) apresentar ao Secretário-Geral o orçamento-programa da Comissão, para que o submeta à Assembléia Geral; i) dispensar especial atenção à tarefa da observância dos direitos humanos mencionados nos artigos I, II, III, IV, XVIII, XXV e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; j) examinar as comunicações que lhe forem dirigidas e qualquer informação disponível; dirigir-se ao Governo de qualquer dos Estados membros não Partes da Convenção a fim de obter as informações que considerar pertinentes; e formular-lhes recomendações, quando julgar apropriado, a fim de tornar mais efetiva a observância dos direitos humanos fundamentais; e k) verificar, como medida prévia ao exercício da atribuição indicada no item anterior, se os processos e recursos internos de cada Estado membro não Parte da Convenção foram devidamente aplicados e esgotados.

Já com relação aos Estados que aderiram à CADH, nos termos do Estatuto da CIDH, além das atribuições anteriormente elencadas, a Comissão ainda terá as seguintes: a) atuar com respeito às petições e outras comunicações de conformidade com os artigos 44 a 51 da Convenção; b) comparecer perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos previstos na Convenção; c) solicitar à Corte Interamericana de Direitos Humanos que tome as medidas provisórias que considerar pertinente sobre assuntos graves e urgentes que ainda não tenham sido submetidos a seu conhecimento, quando se tornar necessário a fim de evitar danos irreparáveis às pessoas; d) consultar a Corte a respeito da interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos dos Estados americanos; e) submeter à Assembléia Geral projetos de protocolos adicionais à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da referida Convenção outros direitos e liberdades; e f) submeter à Assembléia Geral para o que considerar conveniente, por intermédio do Secretário-Geral, propostas de emenda à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Composição da CIDH

A CIDH compõe-se de sete membros – chamados de *comissários* ou *comisionados* –, que devem ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos (CADH, art. 34; Estatuto da CIDH, art. 2.1; e Regulamento da CIDH, art. 1.3). Importante destacar que, ao contrário do que se exige para ser juiz da Corte Interamericana (ser *jurista*), para integrar a Comissão Interamericana não se exige sequer formação jurídica, o que nos parece estar em conformidade com a dimensão também política da atuação exercida pela CIDH. Como exemplo de comissário sem formação jurídica que já integrou a CIDH, citamos o brasileiro Paulo Vannuchi, cuja formação se deu na área de jornalismo, com mestrado em ciência política. Ainda sobre a composição da CIDH, não pode fazer parte dela mais de um nacional do mesmo país (CADH, art. 37.2; Estatuto, art. 7º), o que contribui para uma maior representatividade geográfica na Comissão.

Funcionamento da CIDH

O funcionamento da CIDH está regulado em seu Estatuto e em seu Regulamento

– principalmente neste segundo –, além de alguns aspectos mais gerais previstos na CADH. Vejamos como funciona a Comissão Interamericana.

De acordo com o art. 6º do Regulamento da CIDH, a Comissão possui uma Diretoria que compõe-se de um Presidente, um Primeiro Vice-Presidente e um Segundo Vice-Presidente, os quais cumprem mandato de um ano, podendo serem reeleitos para seus respectivos cargos apenas uma vez em cada quatro anos (Regulamento, art. 8.1). O art. 7º do Regulamento dispõe sobre o processo eleitoral dos cargos da Diretoria⁴¹². O art. 10 do Regulamento elenca as atribuições do Presidente da CIDH⁴¹³.

A organização interna da Comissão Interamericana conta ainda com uma Secretaria Executiva, composta por um Secretário Executivo, por pelo menos um Secretário Executivo Adjunto e pelo pessoal profissional, técnico e administrativo necessário para o desempenho de suas atividades (Regulamento, art. 11.1). Conforme estabelece o art. 13 do Regulamento, “A Secretaria Executiva preparará os projetos de relatórios, resoluções, estudos e outros trabalhos de que seja encarregada pela Comissão ou o Presidente. Ademais, receberá e fará tramitar a correspondência e as petições e comunicações dirigidas à Comissão. A Secretaria Executiva também poderá solicitar às partes interessadas a informação que considere pertinente, de acordo com o disposto no presente

⁴¹² Artigo 7. Eleição

1. Na eleição para cada um dos cargos a que se refere o artigo anterior participarão exclusivamente os membros que estiverem presentes.
2. A eleição será secreta. Entretanto, mediante acordo unânime dos membros presentes, a Comissão poderá estabelecer outro procedimento.
3. Para a eleição para qualquer dos cargos a que se refere o artigo 6, requerer-se-á o voto favorável da maioria absoluta dos membros da Comissão.
4. Se, para eleição para algum desses cargos for necessário realizar mais de uma votação, serão eliminados sucessivamente os nomes que receberem menor número de votos.
5. A eleição será realizada no primeiro dia do primeiro período de sessões da Comissão no ano civil.

⁴¹³ Artigo 10. Atribuições do Presidente

1. São atribuições do Presidente:

- a. representar a Comissão perante os outros órgãos da Organização e outras instituições;
 - b. convocar sessões da Comissão, de conformidade com o Estatuto e o presente Regulamento;
 - c. presidir as sessões da Comissão e submeter à sua consideração as matérias que figurem na ordem do dia do programa de trabalho aprovado para o período de sessões respectivo; decidir as questões de ordem levantadas nas discussões da Comissão; e submeter assuntos a votação, de acordo com as disposições pertinentes deste Regulamento
 - d. dar a palavra aos membros, na ordem em que a tenham pedido;
 - e. promover os trabalhos da Comissão e velar pelo cumprimento do seu orçamento-programa;
 - f. apresentar relatório escrito à Comissão, ao iniciar esta seus períodos de sessões, sobre as atividades desenvolvidas nos períodos de recesso em cumprimento às funções que lhe são conferidas pelo Estatuto e pelo presente Regulamento;
 - g. velar pelo cumprimento das decisões da Comissão;
 - h. assistir às reuniões da Assembleia Geral da Organização e participar nas atividades que se relacionem com a promoção e a proteção dos direitos humanos;
 - i. trasladar-se à sede da Comissão e nela permanecer durante o tempo que considerar necessário para o cumprimento de suas funções;
 - j. designar comissões especiais, comissões ad hoc e subcomissões, constituídas por vários membros, para cumprir qualquer mandato relacionado com sua competência; e
 - k. exercer quaisquer outras atribuições que lhe sejam conferidas neste Regulamento;
2. O Presidente poderá delegar a um dos Vice-Presidentes ou a outro membro da Comissão as atribuições especificadas nos incisos a, h e k deste artigo.

Regulamento". O Secretário Executivo deve ser uma pessoa com independência e alta autoridade moral, com experiência e trajetória reconhecida na área de direitos humanos (Regulamento, art. 11.2). Conforme adverte Ledesma, "(...) o Secretário Executivo não é um funcionário de confiança dos Estados membros da OEA, e ele não atua em nome próprio, sendo que sua função é, primordialmente, executar as decisões da Comissão ou do seu Presidente"⁴¹⁴.

O processo de escolha do Secretário Executivo funciona assim (Regulamento, art. 11.3):

a) A CIDH abre um concurso público para preenchimento da vaga e publica os critérios e as qualificações para o cargo, bem como a descrição das tarefas a serem desempenhadas; b) A CIDH examina as inscrições recebidas e seleciona de três a cinco finalistas, os quais são entrevistados para o cargo; c) Os currículos dos finalistas são publicados, inclusive no endereço eletrônico da Comissão, um mês antes da seleção final, para que sejam recebidos comentários sobre os candidatos; d) A CIDH determina o candidato mais qualificado, levando em conta os comentários, por maioria absoluta dos seus membros; e) Após, o Secretário-Geral da OEA procede com a nomeação do Secretário Executivo da CIDH, que exerce um mandato de quatro anos, podendo ser renovado uma vez. Nos termos do art. 11.4 do Regulamento, antes de assumir o cargo e durante o mandato, o Secretário Executivo e o Secretário Executivo Adjunto devem revelar à CIDH todo interesse que possa estar em conflito com o exercício de suas funções. O art. 12 do Regulamento elenca as atribuições do Secretário Executivo, que, de um modo geral, consistem em assessorar o Presidente e os membros da Comissão Interamericana no desempenho de suas funções⁴¹⁵.

Atualmente, o Secretário Executivo da CIDH é o brasileiro Paulo Abrão.

A CIDH deve realizar pelo menos dois períodos ordinários de sessões por ano, no período que tenha determinado anteriormente, assim como tantas sessões extraordi-

⁴¹⁴ LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos...*, p. 160.

⁴¹⁵ Artigo 12. Atribuições do Secretário Executivo

1. São atribuições do Secretário Executivo:

a. dirigir, planejar e coordenar o trabalho da Secretaria Executiva;
b. preparar, em consulta com o Presidente, o projeto de orçamento-programa da Comissão, que se regerá pelas normas orçamentárias vigentes para a OEA, do qual dará conta à Comissão;
c. preparar, em consulta com o Presidente, o projeto de programa de trabalho para cada período de sessões;
d. assessorar o Presidente e os membros da Comissão no desempenho de suas funções;
e. apresentar um relatório escrito à Comissão, ao iniciar-se cada período de sessões, sobre os trabalhos realizados pela Secretaria desde o período de sessões anterior, bem como sobre os assuntos de caráter geral que possam ser do interesse da Comissão; e
f. executar as decisões de que seja encarregado pela Comissão ou pelo Presidente.

2. No caso de impedimento ou ausência do Secretário Executivo, este será substituído pelo Secretário Executivo Adjunto. Na ausência ou impedimento de ambos, o Secretário Executivo ou o Secretário Executivo Adjunto, conforme o caso, designará temporariamente um dos especialistas da Secretaria para substituí-lo.

3. O Secretário Executivo, o Secretário Executivo Adjunto e o pessoal da Secretaria Executiva deverão guardar a mais absoluta reserva sobre todos os assuntos que a Comissão considerar confidenciais. No momento de assumir suas funções, o Secretário Executivo comprometer-se-á a não representar vítimas ou seus familiares nem Estados em medidas cautelares, petições e casos individuais perante a CIDH, pelo prazo

o de dois anos, contados a partir da cessação de suas funções como Secretário Executivo.

nárias quantas considere necessárias, sendo que deve determinar, antes do término do período de sessões, a data e o lugar do período de sessões seguinte (Regulamento, art. 14.1). As sessões da CIDH são realizadas em sua sede, em Washington DC, EUA, mas por voto da maioria absoluta dos seus membros, pode reunir-se em outro lugar, com a anuência ou a convite do respectivo Estado (Regulamento, art. 14.2). Cada período compõe-se de quantas sessões sejam necessárias para o desenvolvimento dos trabalhos da Comissão, as quais são realizadas de forma privativa, a menos que a CIDH determine o contrário (Regulamento, art. 14.3). Conforme estabelece o art. 14.4 do Regulamento, “O membro que, por doença ou por qualquer motivo grave, se vir impedido de assistir, no todo ou em parte, a qualquer período de sessões ou reunião da Comissão, ou de desempenhar qualquer outra função, deverá notificá-lo, com a brevidade possível, ao Secretário Executivo, que informará o Presidente e fará constar essa notificação em ata”.

Relatorias e grupos de trabalho

Para acompanhar o processo natural do Direito Internacional dos Direitos Humanos de reconhecer as especificidades, os desafios e as demandas de cada grupo de vulneráveis, a Comissão Interamericana passou a criar, a partir de 1990, *relatorias temáticas* para fortalecer, impulsionar e sistematizar o trabalho da própria CIDH. Atualmente, esse procedimento está detalhado no art. 15 do Regulamento. Conforme consta no site da Comissão, a primeira relatoria temática foi criada em 1990 e diz respeito aos direitos dos povos indígenas, a qual foi seguida, posteriormente, pelas relatorias temáticas sobre os direitos das mulheres (1994), dos migrantes (1996), para a liberdade de expressão (1997), sobre os direitos da criança (1998), sobre defensoras e defensores de direitos humanos (2001), sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade (2004), das pessoas afrodescendentes e contra a discriminação racial (2005), dos direitos da população LGBTI (2011) e sobre direitos econômicos, sociais e culturais (2012)⁴¹⁶. No mesmo sentido da especificação temática, a CIDH também adota a técnica de distribuir entre seus comissários *relatorias geográficas*, o que pode contribuir para a organização e monitoramento sobre os direitos humanos em cada país membro da OEA (Regulamento, art. 15.2).

De acordo com o Regulamento da CIDH, as relatorias temáticas podem ser distribuídas também para pessoas que não integram a Comissão, mediante edital para interessados concorrerem.

1. Caso José Pereira vs. Brasil

Data da homologação da solução amistosa: 24.10.2013

1.1. Resumo do caso

Entidades não governamentais apresentaram uma petição na CIDH, pela qual

⁴¹⁶ Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>

alegaram que a vítima José Pereira foi gravemente ferida e outro trabalhador rural foi morto quando ambos tentaram escapar, em 1989, da Fazenda Espírito Santo, para onde tinham sido atraídos com falsas promessas sobre condições de trabalho, terminando submetidos a trabalhos forçados, sem liberdade para sair e sob condições desumanas e ilegais, situação em que agonizaram juntamente com sessenta outros trabalhadores dessa fazenda. As entidades peticionárias alegaram que os fatos denunciados, caracterizadores de situação de trabalho escravo na zona sul do Estado do Pará, constituem um exemplo da falta de proteção e garantias do Estado brasileiro, cuja conduta se pautou pelo desinteresse e ineficácia nas investigações dos processos referentes aos assassinatos e à exploração trabalhista, constituindo, portanto, violação de diversos preceitos da Declaração Americana sobre Direitos e Obrigações do Homem e da CADH.

Não se verifica, neste caso, uma *decisão* propriamente dita da CIDH, mas sim a *homologação* de um acordo de solução amistosa entre as entidades peticionárias e o Estado, pelo qual este, além de ter reconhecido a sua responsabilidade internacional, ainda se submeteu a uma série de compromissos, todos devidamente elencados na solução amistosa alcançada, dentre os quais destacamos o compromisso de defender a determinação da competência federal para o julgamento do crime de redução à condição análoga à de escravo.

1.2. Pontos importantes

1.2.1. Compromisso internacional assumido pelo Brasil de defender a competência federal para julgamento do crime de redução à condição análoga à de escravo. Interessante o compromisso internacional assumido pelo Brasil no sentido de defender a determinação da competência federal para o julgamento do crime de redução à condição análoga à de escravo com o objetivo de evitar a impunidade. No Brasil, já prevalece há algum tempo esse entendimento.

1.2.2. Trabalho escravo no Direito internacional e interno. Para evitar repetições de conteúdo, remetemos o leitor para os comentários que fizemos ao *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, onde destacamos importantes temas, inclusive a partir de conexões com o Direito brasileiro.

1.2.3. Primeiro acordo de solução amistosa envolvendo o Brasil. Foi na tramitação do *Caso José Pereira* perante a CIDH em que o Brasil celebrou, pela primeira vez, um acordo de solução amistosa. Conforme consta no Relatório nº 95/03 da CIDH, de 24.10.2003, a solução amistosa entre a vítima e o Estado brasileiro ocorreu após a aprovação do relatório de mérito, no qual a Comissão concluiu que o Brasil era responsável por violações à DADDH e à CADH (§ 8º e seguintes). Conforme veremos a seguir, a solução amistosa assinada pelo Brasil no *Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão*, já no ano de 2015, se destaca por outro motivo, tendo sido a primeira solução amistosa no procedimento perante a CIDH antes da aprovação do relatório de mérito. Sobre a previsão normativa do acordo de solução amistosa, vejamos o que estabelece o art. 40 do Regulamento da CIDH:

“Artigo 40. Solução amistosa

1. A Comissão se colocará à disposição das partes em qualquer etapa do

exame de uma petição ou caso, por iniciativa própria ou por solicitação de qualquer delas a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto fundada no respeito dos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Declaração Americana e outros instrumentos aplicáveis.

2. O procedimento de solução amistosa se iniciará e continuará com base no consentimento das partes.
3. Quando considerar necessário, a Comissão poderá encomendar a um ou mais dos seus membros a tarefa de facilitar a negociação entre as partes.
4. A Comissão poderá dar por concluída sua intervenção no procedimento de solução amistosa se perceber que o assunto não é suscetível de ser resolvido por esta via, ou alguma das partes não consentir na sua aplicação, decidir não continuar com ele ou não mostrar a vontade de chegar a uma solução amistosa fundada no respeito aos direitos humanos.
5. Se uma solução amistosa for alcançada, a Comissão aprovará um relatório com uma breve exposição dos fatos e a solução alcançada, o transmitirá às partes e o publicará. Antes de aprovar este relatório, a Comissão verificará se a vítima da presumida violação ou, se for o caso, seus titulares de direitos, deu o seu consentimento no acordo de solução amistosa. Em todos os casos, a solução amistosa deverá fundar-se no respeito aos direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Declaração Americana e em outros instrumentos aplicáveis.
6. Se não chegar a uma solução amistosa, a Comissão prosseguirá com o trâmite da petição ou caso.

2. Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão vs. Brasil

Data da homologação da solução amistosa: 15.12.2005

2.1. Resumo do caso

Entre os anos de 1991 e 2003, o Estado do Maranhão foi palco de uma série de homicídios perpetrados contra meninos entre 8 e 15 anos de idade. Ao final desse período, foram apurados vinte e oito homicídios, tendo a maioria dos corpos sido encontrada com os órgãos genitais mutilados. Diante da ineficácia da Justiça maranhense no tocante à prevenção e repressão dos homicídios perpetrados naquele período, os direitos humanos foram reduzidos à penúria. Inconformados com os acontecimentos e com a falta de resposta efetiva da Justiça do Maranhão, os familiares das vítimas, representados pelas organizações não governamentais Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente Padre Marcos Passerini (CDMP) e Justiça Global, apresentaram duas petições à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Na primeira petição, as duas organizações denunciaram o homicídio da criança Raniê Silva Cruz, ocorrido em setembro de 1991 no Município de Paço do Lumiar, Estado do Maranhão. Em 31 de outubro de 2001, apresentaram uma segunda petição, esta denunciando o homicídio das crianças Eduardo Rocha da Silva e Raimundo Nonato da Conceição Filho, ocorrido em junho de 1997 e

também em Paço do Lumiar, Maranhão.

As organizações peticionantes alegaram que o Brasil violou o direito à vida (art. 4º), o direito à proteção judicial (art. 25), o direito à proteção da criança (art. 19) e as garantias judiciais (art. 8º), todos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Também houve menção à violação de alguns dos dispositivos da Declaração Americana sobre os Direitos e Obrigações do Homem, que tutelam os mesmos bens jurídicos: direito à vida, garantias judiciais, proteção da criança e direito à justiça. Ao ser notificado das duas petições, o governo brasileiro propôs uma solução amistosa aos peticionários: reconhecer sua responsabilidade na morte das vítimas e compactuar em prover uma reparação para os familiares dos meninos mortos. O acordo de solução amistosa foi assinado entre ambas as partes em 15 de dezembro de 2005.

2.2. Pontos importantes

2.2.1. Pela primeira vez, o Estado brasileiro celebrou um acordo de solução amistosa na CIDH após a admissibilidade do caso e antes da deliberação final. Conforme já apontamos anteriormente, foi no *Caso José Pereira* em que o Brasil celebrou o primeiro acordo solução amistosa. No entanto, a solução amistosa no *Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão* se destaca pelo fato de ter sido celebrada entre o Brasil e as vítimas antes da aprovação do relatório de mérito (Relatório nº 43/06, § 8º).

2.2.2. Impossibilidade de o Estado alegar que o fato foi praticado por ente federado para eximir-se de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Perante a sociedade internacional, o Estado é considerado uno; não é possível a alegação de direito interno para alegar descumprimento de um tratado internacional⁴¹⁷. Dessa forma, o Brasil responde diante das cortes internacionais por atos praticados pela União, pelos Estados da Federação, por Municípios e até mesmo por atos de particulares. Diante disso, o direito internacional não admite a chamada “cláusula federal”, que consiste na possibilidade de uma das partes deixar de cumprir determinado tratado ou obrigação internacional alegando “ausência de competência federal” para tanto⁴¹⁸. A própria CADH prevê dispositivos sobre a cláusula federal⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

⁴¹⁸ Sobre a cláusula federal, a lição de André de Carvalho Ramos: “Assim, a Federação responde pela conduta de seus entes internos. Esse entendimento é parte integrante do Direito dos Tratados e do Direito Internacional Costumeiro, sendo rechaçada a imposição de ‘cláusula federal’ em tratados internacionais, que vem a ser a possibilidade de um dos contratantes não cumprir uma obrigação internacional bastando alegar ‘ausência de competência federal’. Nota-se que a não aceitação da chamada ‘cláusula federal’ decorre diretamente de ser o Estado uno perante o Direito Internacional. A ausência de ‘competência federal’ é matéria de Direito interno e não de Direito Internacional. (...) Alegar obediência ao Direito interno (por exemplo, o governo federal afirma não poder ‘invadir’ esfera de atribuição de outro ente federado) não é aceito como excludente da responsabilidade internacional do Estado. Nos tratados internacionais de direitos humanos, então, observa-se a regra pela qual um Estado-Parte, ao aderir ao tratado, deve ter ciência da impossibilidade de se escusar, com base em sua forma interna de organização, de pretensas violações de direitos humano” (RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos...*, p. 194).

⁴¹⁹ Art. 28 – Cláusula federal

1. Quando se tratar de um Estado-parte constituído como Estado federal, o governo nacional do

2.2.3. Paradiplomacia. A paradiplomacia, que também é chamada de “cooperação descentralizada” ou “diplomacia federativa”, consiste em expressão doutrinária que retrata a participação nas negociações internacionais de entes que não seja o Ministério das Relações Exteriores. No *Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão*, o Presidente Lula autorizou o Estado do Maranhão a negociar no plano internacional com a CIDH. A paradiplomacia não é um fenômeno comum nos casos que envolvem violações de direitos humanos.

3. Caso Maria da Penha Fernandes vs. Brasil

Data da aprovação do relatório de mérito: 04.04.2001

3.1. Resumo do caso

Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima, em 1983, em seu domicílio na cidade de Fortaleza/CE, de tentativa de homicídio por parte de seu então marido, o senhor Marco Antônio Heredia Viveiros, que, além de ter disparado contra ela um revólver enquanto ela dormia, causando-lhe paraplegia irreversível e outros traumas físicos e psicológicos, ainda tentou eletrocutá-la enquanto se banhava, logo que havia regressado do hospital. Tais atos simbolizaram o ápice de uma série de agressões sofridas durante toda a vida matrimonial do casal. A vítima resolveu se separar judicialmente do agressor e denunciá-lo para as autoridades competentes. O Ministério Público ofereceu denúncia contra Marco Antônio em 1984. Passados mais de 15 anos desde a data dos fatos, a Justiça brasileira ainda não havia chegado à condenação definitiva do réu, que se mantivera em liberdade durante todo esse tempo, tudo isso apesar da gravidade da acusação e do substancial conjunto probatório contra ele.

Em 1998, a CIDH recebeu a denúncia apresentada pela vítima e por entidades não governamentais de proteção dos direitos humanos das mulheres. Em 2001, a CIDH declarou o Estado brasileiro responsável pela violação do direito da vítima à proteção judicial, já que a ineficiência e a tolerância do Brasil com a violência doméstica contra a mulher não se afiguravam um evento episódico deste caso, mas sim uma pauta sistêmica, tratando-se “(...) de uma tolerância de todo o sistema, que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher” (§ 55). Assim, a CIDH assentou que o Estado brasileiro violou não apenas a obrigação de processar e punir o responsável pela violação de direitos humanos

aludido Estado-parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e com suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

3. Quando dois ou mais Estados-partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado, assim organizado, as normas da presente Convenção”.

das vítimas, mas também o dever de prevenir a violência doméstica contra a mulher. Vejamos as recomendações feitas pela CIDH ao Brasil:

“1) Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.

2) Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.

3) Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.

4) Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;

b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;

c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;

d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

5) Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana”.

3.2. Pontos importantes

3.2.1. Questões relacionadas à violência de gênero, violência contra a mulher e di-

plomas normativos internacionais acerca do tema. Para evitar repetição de conteúdo, remetemos o leitor para os comentários que fizemos ao *Caso Campo Algodoeiro*.

3.2.2. Primeira vez em que a CIDH aplicou a Convenção de Belém do Pará. O *Caso Maria da Penha* representa a primeira vez que a CIDH aplicou a Convenção de Belém do Pará, relembrando que, na Corte IDH, o primeiro precedente em que essa Convenção foi invocada se encontra no julgamento do *Caso do Presídio Miguel Castro Castro*.

3.2.3. Criação da Lei Maria da Penha. Entre as recomendações da CIDH cumpridas pelo Estado brasileiro, destacamos a criação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

4. Caso Jailton Neri da Fonseca vs. Brasil

Data da aprovação do relatório de mérito: 11.03.2004

4.1. Resumo do caso

O caso se relaciona com a ocorrência de execução do menino Jailton Neri da Fonseca, de 13 anos, por policiais do Estado do Rio de Janeiro em 22.11.1992, durante uma incursão da polícia na favela Ramos na cidade do Rio de Janeiro. Foi aberto inquérito policial para investigar quatro policiais. No entanto, o caso se encerrou com a absolvição declarada pelo Conselho Permanente da Justiça Militar em 1996, quando aplicou o princípio *in dubio pro reo* em favor dos policiais acusados, tendo em vista a dúvida quanto à autoria do crime e a impossibilidade de produção de novas provas.

A CIDH considerou que a investigação efetuada, tanto pela Polícia Militar como pela Polícia Civil, foi frágil e marcada por atrasos, faltas e negligências, o que culminou na absolvição dos acusados pelo Tribunal Penal Militar. A Comissão concluiu, ainda, que “Jailton Neri da Fonseca foi privado de sua liberdade de forma ilegal, sem que houvesse existido alguma causa para sua detenção ou de qualquer situação flagrante. Não foi apresentado imediatamente a um juiz. Não teve direito de recorrer a um tribunal para que este deliberasse sobre a legalidade da sua detenção ou ordenasse sua liberdade, uma vez que foi morto logo após sua prisão. O único propósito da sua detenção arbitrária e ilegal foi matá-lo” (§ 59). Ao final, após diversas censuras sobre os fatos ocorridos, a Comissão declarou que o Estado brasileiro violou o direito à liberdade pessoal, à integridade pessoal, à vida, às medidas especiais de proteção de crianças, à proteção judicial e garantias judiciais, consagrados, respectivamente, nos arts. 7, 5, 4, 19, 25 e 8 da Convenção Americana.

Dentre as recomendações emitidas pela Comissão, podem ser destacadas as de reparar plenamente os familiares da vítima, tanto pelos danos materiais como pelos danos morais; realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos, por órgãos que não sejam militares; modificar o art. 9º do Código Penal Militar, o art. 82 do Código de Processo Penal Militar e qualquer outra norma interna que contemple a possibilidade de a Polícia Militar investigar violações de direitos humanos cometidas por policiais militares, expediente que deve ser atribuído à Polícia Civil; adotar e instrumentalizar medidas de educação dos funcionários de justiça e da polícia, a fim de evitar ações que impliquem em discriminação racial nas operações policiais, nas investigações,

no processo ou na sentença penal.

4.2. Pontos importantes

4.2.1. Primeiro caso brasileiro sobre violação do direito à audiência de custódia na CIDH. Além da importância deste caso no que diz respeito a uma censura internacional pelo modo de atuação da Polícia brasileira contra determinados grupos marginalizados, a exemplo de jovens negros moradores de periferias/favelas, deve-se ressaltar que se trata do primeiro precedente da Comissão em que se considerou que o Brasil violou o direito à denominada “audiência de custódia”, prevista no art. 7.5 da CADH: “A Comissão conclui que Jailton Neri da Fonseca foi privado de sua liberdade de forma ilegal, sem que houvesse existido causa alguma para sua detenção nem alguma situação de flagrante. Não foi levado sem demora ante um juiz. Não teve direito a recorrer a um Tribunal competente a fim de que este determinasse sem demora a legalidade de sua detenção ou ordenasse sua liberdade, dado que foi assassinado imediatamente após sua detenção. O único propósito de sua detenção arbitrária e ilegal foi matá-lo” (§ 59).

5. Caso Simone André Diniz vs. Brasil

Data da aprovação do relatório de mérito: 21.10.2006

5.1. Resumo do caso

O jornal “A Folha de São Paulo”, de grande circulação no Estado de São Paulo, publicou na parte de Classificados, a pedido de Gisele Mota da Silva, nota por meio da qual Gisele comunicava o seu interesse em contratar uma empregada doméstica que, entre outros requisitos, deveria ter a “cor branca”. Simone André Diniz, tomando conhecimento do anúncio, entrou em contato e se apresentou como candidata ao emprego, sendo prontamente recusada pela empregadora em razão da sua cor. Inconformada e sentindo-se discriminada, Simone apresentou *notitia criminis* por meio da Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP, a partir da qual foi instaurado inquérito policial para apurar eventual ocorrência do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/1989. Concluída a investigação, porém, o Ministério Público manifestou-se pelo arquivamento por não ter identificado qualquer base para o oferecimento da denúncia, o que foi acolhido e homologado pelo Poder Judiciário, arquivando-se, pois, o caso.

A Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP e o Instituto do Negro Padre Batista denunciaram o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alegando que o Brasil não garantiu o pleno exercício do direito à justiça e ao devido processo legal, falhou na condução dos recursos internos para apurar a discriminação racial sofrida por Simone e, consequentemente, descumpriu a obrigação de garantir o exercício de direitos previstos na Convenção Americana.

A Comissão Interamericana anotou, primeiro, que este caso infelizmente não é único e isolado no Brasil, tratando-se lamentavelmente de um padrão de comportamento das autoridades brasileiras quando se veem diante de uma denúncia de prática de racismo.

Por esse motivo, a Comissão “chama a atenção do governo brasileiro que a omissão das autoridades públicas em efetuar diligente e adequada persecução criminal de autores de discriminação racial e racismo cria o risco de produzir não somente um racismo institucional, onde o Poder Judiciário é visto pela comunidade afrodescendente como um poder racista, como também resulta grave pelo impacto que tem sobre a sociedade na medida em que a impunidade estimula a prática do racismo” (§ 107).

A Comissão prossegue, depois, afirmando que excluir uma pessoa do acesso ao mercado de trabalho por sua raça constitui um ato de “discriminação racial”, expressão que, segundo dispõe o art. 1º da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, “visa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência na origem nacional ou étnica que tenha como objetivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social e cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”.

E conclui a Comissão que, se o Estado permite que a referida conduta racista permaneça impune, convalidando-a implicitamente ou prestando sua aquiescência, haverá a violação ao art. 24 da CADH em conjunto com o art. 1.1, já que a igual proteção perante a lei impõe que qualquer manifestação de práticas racistas seja diligentemente tratada pelas autoridades. A Comissão encerrou sua sentença encaminhando as seguintes *recomendações* para o Brasil:

“1. Reparar plenamente a vítima Simone André Diniz, considerando tanto o aspecto moral como o material, pelas violações de direitos humanos determinadas no relatório de mérito e, em especial.

2. Reconhecer publicamente a responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos de Simone André Diniz.

3. Conceder apoio financeiro à vítima para que esta possa iniciar e concluir curso superior.

4. Estabelecer um valor pecuniário a ser pago à vítima a título de indenização por danos morais.

5. Realizar as modificações legislativas e administrativas necessárias para que a legislação antirracismo seja efetiva, com o fim de sanar os obstáculos demonstrados nos parágrafos 78 e 94 do presente relatório.

6. Realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos, com o objetivo de estabelecer e sancionar a responsabilidade a respeito dos fatos relacionados com a discriminação racial sofrida por Simone André Diniz.

7. Adotar e instrumentalizar medidas de educação dos funcionários de justiça e da polícia a fim de evitar ações que impliquem discriminação nas investigações, no processo ou na condenação civil ou penal das denúncias de discriminação racial e racismo.

8. Promover um encontro com organismos representantes da imprensa brasileira, com a participação dos peticionários, com o fim de elaborar um compromisso para evitar a publicidade de denúncias de cunho racista, tudo de acordo com a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão.

9. Organizar Seminários estaduais com representantes do Poder Judiciário, Ministério Público e Secretarias de Segurança Pública locais com o objetivo de fortalecer a proteção contra a discriminação racial e o racismo.
10. Solicitar aos governos estaduais a criação de delegacias especializadas na investigação de crimes de racismo e discriminação racial.
11. Solicitar aos Ministérios Públicos Estaduais a criação de Promotorias Públicas Estaduais Especializadas no combate ao racismo e à discriminação racial.
12. Promover campanhas publicitárias contra a discriminação racial e o racismo”.

5.2. Pontos importantes

5.2.1. Primeira vez que um país-membro da OEA é responsabilizado na CIDH por racismo. O *Caso Simone André Diniz* representa a primeira vez que um país-membro da OEA é responsabilizado na CIDH por racismo.

5.2.2. Paradigma do denominado “racismo institucional”. O *Caso Simone André Diniz* se tornou paradigma do denominado *racismo institucional*, que consiste, segundo André de Carvalho Ramos, “(...) em um conjunto de normas, práticas e comportamentos discriminatórios cotidianos adotados por organizações públicas ou privadas que, movidos por estereótipos e preconceitos, impõe a membros de grupos raciais ou étnicos discriminados situação de desvantagem no acesso a benefícios gerados pelo Estado e por demais instituições e organizações⁴²⁰.”

6. Caso Carandiru

Data da aprovação do relatório de mérito: 21.10.2006

6.1. Resumo do caso

De acordo com o resumo encontrado no relatório da CIDH, o caso se refere à morte de 111 presos (entre eles, 84 sem condenação), assim como a lesões graves sofridas por outros presos durante a asfixia de um motim de presos, ações supostamente cometidas pela Polícia Militar de São Paulo, em 02.10.1992. As entidades peticionárias, como representantes das vítimas ou familiares destas, solicitam que o Estado seja condenado por violação dos artigos 4º, 5º, 8º, 25 e 1.1 da CADH (direitos à vida, à integridade pessoal, ao devido processo e à proteção judicial, todos eles em conformidade com a obrigação do Estado de respeitar e assegurar o gozo destes direitos). Segundo a denúncia, dezesseis meses após os fatos, a investigação ainda estava paralisada e nenhum processo havia sido iniciado para os supostos autores, e que, pelo contrário, alguns dos oficiais responsáveis haviam sido promovidos. Em representações subsequentes, as peticionárias ressaltam a persistência da impunidade e a falta de reparação às vítimas.

⁴²⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 580

O Estado se defendeu alegando que, no geral, reconhece a existência de violações de direitos humanos no *Caso Carandiru*, mas afirma que tem tomado medidas sérias e profundas para resolver a situação carcerária no Estado de São Paulo. Além disso, o Estado ressalta que os processos contra os agentes responsáveis e de indenização nos distintos juízos foram devidamente iniciados e prosseguem de acordo com as garantias processuais, esclarecendo, ainda, que os homicídios dolosos praticados por policiais foram transferidos para justiça ordinária nos termos da Lei 9.299/96. Com isso, o Estado brasileiro arguiu que os recursos internos não foram esgotados e que a petição não cumpre, portanto, os requisitos de admissibilidade.

A CIDH informou no seu relatório que foram realizadas audiências em quatro oportunidades, tendo a Comissão se colocado à disposição das partes para iniciar um processo de solução amistosa. No entanto, as tratativas entre as partes não prosperaram.

Adentrando no mérito da denúncia, a CIDH primeiro ressaltou que:

“ As condições ilegais de vida dos detidos, os motins anteriores no Carandiru e a falta de estratégias de prevenção para evitar o aumento de tensões, somadas à incapacidade de ação negociadora do Estado que podia ter evitado ou diminuído a violência do motim, configuram em si uma violação por parte do Estado à sua obrigação de garantir a vida e a integridade pessoal das pessoas sob sua custódia. Soma-se a isso que em violação à legislação nacional e internacional, a maioria dos reclusos do Carandiru nesse momento eram detidos sob processo sem condenação transitada em julgado (consequentemente, sob a presunção de inocência) que estavam obrigados a conviver nessas situações de alta periculosidade com os réus condenados” (§ 61).

Ao constatar que o *massacre* no Carandiru foi decidido e executado pela Polícia Militar sem a prévia consulta às autoridades civis do Estado de São Paulo, a CIDH fez a seguinte advertência:

“A Comissão considera que as autoridades civis do Estado de São Paulo não assumiram a responsabilidade que lhes correspondia frente ao motim, em particular as autoridades da Secretaria de Segurança Pública que, conhecendo a atitude violenta e o desrespeito ao direito à vida [por parte da Polícia Militar de SP], deu certa brancura à invasão do pavilhão, sem tentar isolar e apaziguar os amotinados. Por sua vez, os juízes tampouco fizeram valer sua autoridade, pois aceitaram uma função totalmente subjugada às orientações militares, mesmo depois de debelado o motim, quando podiam ter iniciado a investigação para a preservação da evidência. Provavelmente, a simples presença de juízes havia evitado sofrimento e mortes. Os juízes tampouco tomaram nesse momento medidas para controlar o destino dos prisioneiros sobreviventes do massacre inicial, muitos dos quais foram mortos posteriormente” (§ 66).

A respeito da violação pelo Estado dos direitos à vida e à integridade pessoal, a CIDH fez as seguintes considerações conclusivas:

“A Comissão conclui que nem o Estado de São Paulo nem a República Federativa do Brasil haviam se preparado com antecedência para preparar o seu aparato governamental de modo a evitar estas tragédias. Dos antecedentes citados se depreende que o Estado, anteriormente aos fatos, levando em conta as condições da prisão, não havia desenvolvido planos e estratégias para solucionar motins de maneira eficaz e legal nem para atuar frente às erupções de violência que a situação causou. Em primeiro lugar, as condições ilegais de aprisionamento e de vida na prisão aumentaram as possibilidades de incidentes de violência. O que era uma briga entre os presos foi tratado de forma tal que degenerou em um motim contra a frágil guarda responsável pela segurança da prisão. A falta de um mecanismo de pacificação rápida de incidentes permitiu sua erupção e crescimento, que envolveu um ato número de detidos. A capacidade de negociação das autoridades do presídio era mínima e foi desestimada e sufocada pelo comando da Polícia Militar. (...) A atuação dos juízes encarregados da supervisão da prisão foi igualmente abortada pelas forças policiais, subvertendo a hierarquia na tomada de decisões que correspondia à situação. Definitivamente, toda a estratégia de ação estatal se baseou na utilização imediata de toda a força disponível, com absoluta falta de proporcionalidade e com total negação de estratégias que permitiram resolver a situação eficazmente com respeito à integridade dos detidos. O sistemático uso de violência letal desproporcional por parte da Polícia Militar de São Paulo no manejo da segurança pública, que está evidenciado em estatísticas oficiais, era uma pauta que foi repetida tragicamente no sufocamento do motim de 2 de outubro. Essa falta de planejamento por parte do Estado de medidas para aliviar as condições prévias de vida no presídio, assim como de organização de estratégias legais, eficazes e compatíveis com respeito à vida para o manejo de situações de emergência nas prisões, configura igualmente uma violação dos compromissos internacionais que estabelece a Convenção nos artigos 4º e 5º, em conformidade com o artigo 1º” (§ 91).

Sobre a violação dos direitos às garantias judiciais e ao devido processo, a Comissão afirmou que:

“A Comissão conclui que a total impunidade até a data pelos fatos de 2 de outubro de 1992 se evidencia: a) pela falta de ação eficaz dos juízes presentes durante a ação e nas horas seguintes, bem como a obstrução de suas ações pelas forças policiais; b) pela destruição e desfiguração intencional das evidências nas horas seguintes ao motim; c) pela dilação injustificada do processo central tanto na Justiça Militar como no recurso perante o Superior Tribunal de Justiça; d) pela negligência que levou à prescrição no processo por lesões leves contra um detido; e) pela anulação do julgamento por lesões graves; f) pela não retirada da imunidade parlamentar ao comandante da ação. Por tudo isso o Estado violou seus compromissos de respeitar e garantir o direito à justiça e às garantias judiciais previstas na Convenção (...).

E assim, após considerações sobre outros temas envolvendo o *Caso Carandiru*, a CIDH concluiu que:

"1. Tem competência para conhecer deste caso e que a petição é admissível (...).

2. A República Federativa do Brasil violou suas obrigações decorrentes dos artigos 4º (direito à vida) e 5º (direito à integridade pessoal) pela morte de 111 pessoas e um número indeterminado de feridos, todos eles detidos sob sua custódia, na ação para controlar o motim do Carandiru de 2 de outubro de 1992, por ação dos agentes da Polícia Militar de São Paulo.

3. A República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos referidos artigos da Convenção pelo descumprimento das condições de detenção dos internos no Carandiru, e falta de estratégias e medidas apropriadas para prevenir as situações de violência e para debelar possíveis motins. A Comissão reconhece a adoção de medidas destinadas a melhorar as condições de detenção, em particular a construção de novas instalações penitenciárias, a fixação de novas normas de detenção e o estabelecimento no Estado de São Paulo de uma Secretaria especial responsável por estes temas.

4. A República Federativa do Brasil é responsável pela violação dos artigos 8º e 25 (garantias e proteção judicial) conforme o artigo 1(1) da Convenção pela falta de investigação, processamento e punição sérias e efetivas aos responsáveis e pela falta de reparação efetiva às vítimas dessas violações e aos seus familiares"

Com isso, a Comissão fez as seguintes recomendações ao Brasil:

"1. Conduzir uma investigação completa, imparcial e efetiva com o propósito de identificar e processar as autoridades e funcionários responsáveis pelas violações dos direitos humanos estabelecidas nas conclusões deste relatório.

2. Adotar as medidas necessárias para que as vítimas identificadas destas violações e suas famílias recebam adequada e oportuna indenização pelas violações estabelecidas nas conclusões deste relatório, assim como para identificar as restantes.

3. Desenvolver políticas e estratégias destinadas a descongestionar a população das Casas de Detenção, a estabelecer programas de reabilitação e a reinserção de acordo com as normas nacionais e internacionais, e a prevenir explosões de violência nestes estabelecimentos, assim como desenvolver políticas, estratégias e treinamento especial para o pessoal penitenciário e policial para negociação e solução pacífica de conflitos, e técnicas de recuperação da ordem que permitam sufocar eventuais motins com o mínimo de risco para a vida e integridade dos internos e das forças policiais.

4. Adotar as medidas necessárias para o cumprimento neste caso do requerido pelo artigo 28 (cláusula federal) da Convenção no que se refere a matérias que correspondem à jurisdição das entidades competentes da federação, neste caso o Estado de São Paulo.

6.2. Pontos importantes

6.2.1. A impunidade das violações de direitos humanos ocorridas no Caso Carandiru

e o descumprimento das recomendações da CIDH. O Brasil não cumpriu com a recomendação da CIDH de conduzir uma investigação completa, imparcial e efetiva com o propósito de identificar, processar e punir autoridades e funcionários responsáveis pelas violações de direitos humanos ocorridas no *Caso Carandiru*. O Poder Judiciário paulista, que não agiu de forma efetiva para evitar o massacre do Carandiru, veio a contribuir de forma decisiva – e lamentável – para a impunidade dos policiais militares envolvidos. Em setembro de 2016, a 4ª Câmara do TJSP anulou as condenações dos policiais sob o argumento de que não foi possível individualizar a conduta de cada condenado⁴²¹. O Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos lamentou a decisão do TJSP e a classificou como “uma das mais sérias violações aos direitos humanos”⁴²². A Defensoria Pública do Estado de São Paulo representou à Procuradoria-Geral da República, solicitando a federalização do julgamento dos policiais⁴²³. Em 09.04.2018, o ministro Joel Ilan Paciornick, do STJ, deu provimento ao recurso especial interposto pelo MPSP para determinar a anulação do acórdão proferido pelo TJSP e o retorno dos autos à este Tribunal a fim de que seja realizado um novo julgamento, com a efetiva apreciação dos argumentos veiculados em embargos declaratórios.

O massacre do Carandiru e a sua impunidade estão inseridos num contexto maior de permanência de uma estrutura autoritária que serve a uma política criminal arbitrária e desumana. Neste sentido, consideramos importante o registro feito por Oscar Vilhena:

“Nos últimos 30 anos, a duras penas, aprendemos que o fim do regime autoritário e o início da democracia não significaram o início do Estado de direito e muito menos da universalização dos direitos humanos. O processo de consolidação do governo das leis, aparentemente, toma mais tempo e é mais acidentado do que a consolidação de um regime que se pauta pela realização de eleições livres e competitivas.

O Massacre do Carandiru, assim como o de Carajás e o da Candelária, constitui demonstração cabal da continuidade de estruturas autoritárias, que permanecem a exercitar seu poder arbitrário sobre os setores mais vulneráveis da sociedade brasileira, mesmo sob uma nova ordem constitucional.

A persistência de ultrajantes condições carcerárias, hoje reconhecidas até pelo Supremo Tribunal Federal, bem como o contínuo emprego arbitrário da força letal pelas políticas são uma representação difusa da fragilidade de nosso Estado de direito.

A própria autoanistia, concedida em 1979, em muito contribuiu para que nossa transição ficasse incompleta. Sem a devida responsabilização da-

⁴²¹ Processos nº 0338975-60.1996.8.26.0001 e 0007473-49.2014.8.26.0001, rel. desembargador Ivan Sartori. Sobre os supostos problemas de imputação penal no *Caso Carandiru*, ver: MACHADO, Marta Rodrigues; MACHADO, Maira Rocha; FERREIRA, Luisa Moraes de Abreu. “Nueremberg às avessas”: o massacre do Carandiru e as decisões de responsabilização em casos de violações de direitos humanos. In: RCJ – Revista Culturas Jurídicas, vol. 3, núm. 5, 2016, p. 123-156.

⁴²² Ver “ONU: Decisão sobre Carandiru é uma das mais sérias violações aos direitos humanos”: https://www.huffpostbrasil.com/2016/09/30/onu-decisao-sobre-carandiru-e-uma-das-mais-serias-violacoes-ao_a_21698998/. Acesso em 30.09.2019.

⁴²³ Ver: “Defensoria quer retirar da Justiça paulista júri sobre massacre do Carandiru”: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-14/defensoria-retirar-justica-paulista-juri-carandiru>. Acesso em 30.09.2019.

queles que praticaram crimes contra a humanidade, estabeleceu-se uma expectativa de que a violação dos direitos daqueles que são socialmente considerados ‘não sujeitos’, de uma perspectiva moral, continuaria a ser admitida. O que mudou foi o alvo do arbítrio. Se no passado eram os inimigos do regime que poderiam ser impunemente eliminados, no presente são aqueles que, por força de uma desigualdade profunda e persistente, são vistos como potencial ameaça ao *status quo*.

O Massacre do Carandiru talvez constitua apenas um símbolo destacado da incompletude de nossa transição. Seja pela brutalidade que marcou aquele momento, seja pela negligência das diversas instâncias de aplicação da lei em reconhecerem o abuso e responsabilizaremos que o praticaram.

Desafortunadamente, tive a oportunidade de acompanhar profissionalmente os desdobramentos do Massacre. Na condição de advogado da Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos, liderada por figuras como Paulo Sérgio Pinheiro, José Gregori, Maria Helena Gregori, Eduardo Suplicy, Maria Ignês Bierrenbach, Padro Agostinho e tantos outros, tive a oportunidade de ingressar no Pavilhão 9 da Casa de Detenção pouco tempo depois do Massacre.

Celas e corredores ainda estavam marcados pelo sangue das vítimas. Duas imagens ficaram impregnadas em minha memória. A primeira, da água vermelha empurrada pelo rodo dos presos que faziam a faxina. A segunda, também indelével em minha lembrança, das marcas de balas encravadas nas paredes das celas, sempre à meia altura, deixando claro que as vítimas foram eliminadas e cócoras, em posição de rendição”⁴²⁴.

6.2.2. Impossibilidade de concessão de indulto. Pouco depois de vencer a eleição presidencial, o – agora – Presidente Jair Messias Bolsonaro publicou em seu perfil no twitter: “Fui escolhido presente do Brasil para atender os anseios do povo brasileiro. Pegar pesado na questão da violência e criminalidade foi um dos nossos principais compromissos de campanha. Garanto a vocês, se houver indulto para criminosos neste ano [referindo-se ao término do mandato do então Presidente Michel Temer], certamente será o último” (28.11.2018). Não passou um ano desta sua declaração e o Presidente Bolsonaro, em almoço com jornalistas realizado no dia 31.08.2019, afirmou que iria conceder indulto a policiais envolvidos nos casos Eldorado dos Carajás, do massacre do Carandiru e também do sequestro do ônibus 174: “Os que se enquadrarem no indulto, eu vou dar. Estou pedindo a policiais de todos os Estados uma lista de nomes, com justificativas”⁴²⁵.

Tratando-se especificamente do *Caso Carandiru*, a impossibilidade de concessão de indulto decorre de dois obstáculos⁴²⁶: a) sendo o indulto uma causa extintiva da punibi-

⁴²⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Prefácio: Carandiru, uma autópsia da omissão*. In: Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre. Coordenadoras: Máira Rocha Machado e Marta Rodríguez de Assis Machado. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 16-17.

⁴²⁵ Ver: “Bolsonaro dará indulto a policiais de Eldorado dos Carajás, Carandiru e ônibus 174”: <https://istoe.com.br/bolsonaro-dara-indulto-a-policias-de-eldorado-dos-carajas-carandiru-e-onibus-174/>. Acesso em 30.09.2019.

⁴²⁶ Entre os crimes pelos quais os policiais foram acusados está o homicídio qualificado, que, por ser

lidade (CP, art. 107, II), tradicionalmente exige-se o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, o que ainda está longe de ocorrer no massacre do Carandiru, em que, conforme vimos anteriormente, a condenação pelo tribunal do júri foi anulada pelo TJSP; e b) conforme a jurisprudência consolidada da Corte IDH, os Estados não podem alegar nenhum obstáculo de direito interno – a exemplo do indulto – para deixar de punir violações de direitos humanos.

6.2.3. Possibilidade de submissão do caso à jurisdição contenciosa da Corte IDH. Mantendo-se o cenário de descumprimento pelo Brasil das recomendações da CIDH, entendemos ser possível a submissão do *Caso Carandiru* à jurisdição contenciosa da Corte IDH pela Comissão. Aqui é importante ressaltar que, tratando-se da sua competência *rationali temporis*, a Corte aplica o princípio da irretroatividade, afirmando só possuir competência para decidir sobre violações de direitos humanos que tenham ocorrido posteriormente à entrada em vigor da CADH para o Estado (momento da ratificação, nos termos do art. 74.2) e da aceitação da competência contenciosa. O massacre do Carandiru ocorreu em outubro de 1992, tendo o Brasil internalizado a CADH em novembro do mesmo ano (Decreto nº 4.463) e depositado junto à Secretaria-Geral da OEA o instrumento de aceitação da competência contenciosa da Corte IDH em 10.12.1998. Assim, a Corte IDH não tem competência para analisar se o Brasil violou os direitos à vida e à integridade pessoal das pessoas feridas ou assassinadas no massacre do Carandiru. No entanto, em relação às violações contínuas ou permanentes, como o descumprimento da obrigação de investigar e punir os autores dos crimes graves contra os direitos humanos, bem como a ausência de reparação integral e efetiva às vítimas ou aos seus familiares, a Corte IDH possui competência, conforme a jurisprudência consolidada do tribunal.

6.2.4. Obrigações do Estado diante de motim em estabelecimento prisional. A Corte IDH já se manifestou sobre o uso da força policial para controlar motins e rebeliões em dois casos emblemáticos contra o Peru: *Caso Neira Alegría e outros*, em 1995, e *Caso Durand e Ugarte*, em 2000. Em seu relatório no *Caso Carandiru*, a CIDH fez as seguintes considerações a respeito da obrigação do Estado de controlar o motim sem abusar da força policial:

“O Estado tem o direito e o dever de controlar um motim carcerário, tal como sustentou a Corte no caso Neira Alegría. O controle do motim deve ser feito com as estratégias e ações necessárias para sufocá-lo com o mínimo de dano para a vida e a integridade física dos reclusos e com o mínimo risco para as forças policiais.

A ação da Polícia, tal como está descrita na petição e confirmada pelas investigações oficiais e na opinião dos especialistas, foi conduzida com absoluto desprezo pela vida dos reclusos, demonstrando uma atitude punitiva e de retaliação, absolutamente contrária às garantias que a ação policial deve oferecer. A Comissão anota que as mortes não corresponderam a situações de legítima defesa nem de desarmamento dos reclusos, já que as armas que

considerado hediondo, não é suscetível de indulto, graça ou anistia (Lei 8.072/90, artigos 1º, I, e 2º, I). No entanto, o homicídio qualificado tornou-se crime hediondo somente em 1994, com a Lei 8.930. Assim, não temos aqui um impeditivo para o indulto.

a) entre os crimes pelos quais os policiais foram acusados está o homicídio qualificado, que, por ser considerado hediondo, não é suscetível de indulto, graça ou anistia (Lei 8.072, artigos 1º, I, e 2º, I)

estes tinham, de elaboração caseira, teriam sido jogadas no pátio quando os policiais entraram. Não se comprovou a existência de nenhuma arma de fogo em poder dos amotinados, nem que tenham efetuado disparo algum de arma de fogo contra a polícia. Sua atitude violenta inicial foi rapidamente superada pela entrada massiva da polícia fortemente armada” (§§ 62 e 63).

6.2.5. A imunidade parlamentar confrontada com a obrigação de investigar e punir. O Coronel Ubiratan Guimarães, responsável por conduzir a invasão da PMSP ao Complexo Penitenciário do Carandiru – da qual, repita-se, decorreu a morte de 111 presos –, entrou para a política e ocupou o cargo de deputado estadual por SP três vezes: as duas primeiras como suplente (01/1997 a 04/1998 e 01-03/1999) e a terceira como titular, a partir de 2002, após ter sido eleito com mais de 50 mil votos. A CIDH fez algumas considerações importantes sobre a imunidade processual do parlamentar quando confrontada com a obrigação do Estado de investigar e punir violações de direitos humanos:

“A Constituição da República Federativa do Brasil e a do Estado de São Paulo, em artigos similares, estabelecem tanto a inviolabilidade dos Deputados e Senadores por ‘suas opiniões, palavras e votos’ (...) quanto impossibilidade de processamento ou imunidade processual e de prisão ‘sem prévia licença da Casa (...) desde a expedição de seu diploma, salvo em flagrante de crime inafiançável (...), o que suspende a prescrição durante e até o fim do mandato (...).

No presente caso o Coronel Guimarães, comandante das forças responsáveis por sufocar o motim e processado por homicídios dolosos e outros crimes graves, foi posteriormente eleito em 1997 como parlamentar do Estado de São Paulo, o que lhe outorgou imunidade parlamentar até terminar o seu mandato, no início de 1999, quando não foi reeleito.

O Poder Legislativo de São Paulo, durante todo o seu mandato, se absteve – apesar da notoriedade do caso e das solicitações de distintos organismos e de vários deputados – de retirar esta imunidade.

A Comissão nota com preocupação que de acordo com a legislação do Brasil (e neste caso devido à inação do Parlamento do Estado de São Paulo), um parlamentar possa pelo só fato de ter sido eleito escapar do processamento criminal, ainda que por crimes graves, incluindo homicídio doloso e torturas, cometidos prévia ou simultaneamente ao seu mandato. Ainda que a Comissão entenda pela necessidade de imunidade parlamentar, em especial no caso de ações relacionadas com a atividade parlamentar, quando esta imunidade se traduz em completa impunidade, como por exemplo neste caso de sérias violações de direitos humanos, isso é incompatível com os compromissos fundamentais do Estado sob a Convenção Americana. Ao se permitir esta imunidade, se privaria as vítimas do direito à proteção judicial efetiva como requer o artigo 25 da Convenção” (§ 96 e seguintes).

No momento referido pela CIDH (1997-1999), ainda estava em vigor a redação original do art. 53, § 1º, da CF, segundo o qual “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença da casa”. Com a EC

35/2001, a CF foi reformada, tendo sido extinta a prévia licença da respectiva Casa para que o parlamentar pudesse ser preso ou processado criminalmente; além disso, a imunidade passou a ser aplicada somente a crimes praticados após a diplomação. Vejamos o texto da CF/88 conforme a EC 35/2001:

“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida”.

Sobre a modificação constitucional e a sua aplicação a casos anteriores, o STF decidiu que:

“Ao contrário da inviolabilidade ou imunidade material que elide a criminalidade do fato ou, pelo menos, a responsabilidade do agente – e, substituta, por isso, instituto de direito penal –, a ‘licença prévia’ antes exigida caracterizava mera condição de procedibilidade, a qual – até que deferida ou enquanto durasse a investidura parlamentar do acusado – configurava empecilho temporário ao exercício da jurisdição, impedindo a instauração ou o curso do processo. Do que resulta indubitoso – independentemente de qualquer indagação sobre a eficácia temporal de emenda à Constituição – a aplicabilidade imediata aos casos pendentes da norma constitucional que fez desnecessária a licença prévia da Câmara. Cuidando a hipótese de instituto de alcance puramente processual, não é de aplicar-se à abolição da

licença prévia o entendimento – já endossado pelo Tribunal – da incidência da garantia constitucional de ultratividade da lei penal mais favorável à alteração superveniente de normas que, embora de caráter processual, tenham reflexos mediatos ou imediatos sobre o fato delituoso anterior à sua vigência” (Inq 1.344, rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário, j. 07.08.2002).

No entanto, mesmo com a alteração promovida pela EC 35/2001, a imunidade parlamentar ainda pode obstruir o cumprimento pelo Estado do seu dever de investigar, processar e punir autores de violações de direitos humanos. Se um parlamentar pratica um crime que atenta contra os direitos humanos, recebida a denúncia pelo STF – ou pelo Tribunal de Justiça, tratando-se de deputado estadual –, o art. 53, § 3º, da CF, ainda autoriza que o Poder Legislativo, provocado por partido político nela representado, pelo voto da maioria dos seus membros, suspenda o andamento da ação penal.

Diante deste contexto, estamos de acordo com a CIDH no sentido de que esta imunidade, embora tenha a sua importância na dimensão das liberdades do parlamentar, priva as vítimas do direito à proteção judicial efetiva como requer o art. 25 da CADH:

“1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso”.

Assim, a nosso ver, a imunidade parlamentar formal prevista no art. 53, § 3º, da CF, consiste num obstáculo de direito interno que não pode ser invocado pelo Estado para descumprir a sua obrigação positiva de investigar e punir autores de crimes que atentam contra os direitos humanos, obrigação esta decorrente, repita-se, do art. 25 da CADH. Neste sentido, convém ressaltar que, nos termos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (...)” (art. 27). Não ignoramos a imprecisão da expressão “crimes graves contra os direitos humanos”, que já foi objeto de crítica nossa, aliás, nos comentários ao *Caso Bulacio vs. Argentina*. Por isso, propomos que, ao menos para o fim de conferir segurança jurídica na aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seja utilizada como parâmetro a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90): tratando-se de crime hediondo, o art. 53, § 3º, da CF, não deve ser aplicado. Buscamos, assim, articular um controle de convencionalidade construtivo (uma interpretação da norma interna conforme a CADH, pouco importando se tratar de norma constitucional).

7. Caso Luiza Melinho vs. Brasil

Data da aprovação do relatório de admissibilidade: 14.04.2016

7.1. Resumo do caso

De acordo com o peticionário, o Estado brasileiro violou os direitos humanos da vítima ao lhe ter negado a realização de uma cirurgia de afirmação sexual através do sistema público de saúde ou a custeado em hospital privado, o que lhe impediu de ter uma vida digna e colocou em risco a sua vida e a sua integridade física. Além disso, o peticionário alega que o Estado negou à vítima os recursos judiciais efetivos para garantir seus direitos. Em sua defesa, o Estado alega que a petição é inadmissível em razão de não terem sido esgotados os recursos internos e porque não houve violação de direitos humanos protegidos pela CADH.

Sobre a impropriedade da pretensão da vítima perante a justiça brasileira, vejamos as seguintes passagens do relatório da CIDH:

“Segundo os peticionários, em 8 de fevereiro de 2006 o tribunal de primeira instância julgou contrariamente à pretensão da vítima. A decisão afirma que não caberia impor ao Hospital da UNICAMP, através da via judicial, a obrigação de realizar a cirurgia de afirmação sexual da suposta vítima diante da complexidade do procedimento e por se encontrar encerrado o processo de seleção de novos pacientes para este tipo de procedimento no referido hospital. Ademais, afirma que não obstante a obrigação de submeter-se a uma supervisão médica contínua e consistente, a senhora Melinho faltou a diversas consultas médicas. Além disso, afirma que a senhora Melinho poderia ter ido para outro hospital, mas escolheu não fazê-lo por motivos pessoais. O julgamento conclui que não houve omissão ou retardo na atenção médica oferecida à senhora Melinho pelo Hospital da UNICAMP, já que não havia um contrato que estabelecesse a obrigação do hospital de realizar sua cirurgia. Nesse sentido, segundo o tribunal, a senhora Melinho tinha uma mera expectativa de direito. Ao não encontrar a existência de um ato ilícito cometido pelo hospital, o tribunal de primeira instância determinou que não haviam motivos para indenizar a senhora Melinho por danos ou pelos gastos da cirurgia que havia sido realizada em clínica privada.

(§ 21 e seguintes).

Os peticionários indicam que em 27 de abril de 2006 a vítima apelou desta decisão para o Tribunal de Justiça de São Paulo (...). Indica, ainda, que enquanto seu recurso se encontrava pendente, em 23 de agosto de 2007, o Tribunal Regional Federal nº 4 (...) emitiu uma decisão de alcance nacional incluindo o procedimento de afirmação sexual como um dos procedimentos cirúrgicos que deveriam ser proporcionados pelo sistema público de saúde. O peticionário alega que, apesar desta decisão, o TJSP denegou o recurso da senhora Melinho em 9 de junho de 2008. (...)

Ante o exposto, o peticionário alega que a vítima não teve acesso a recursos efetivos para garantir seus direitos. Ademais, rebatendo a posição

do Estado, o peticionário ressalta que a vítima não teria que recorrer da decisão de segunda instância através da apresentação de recursos especial e extraordinário perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, respectivamente, por tratarem-se de recursos excepcionais, muito restritivos e que não seriam efetivos. Afirma, ainda, que o processo interno teve uma duração irrazoável” (§ 21 e seguintes).

Com base neste relato, o peticionário alega que o Brasil violou os direitos reconhecidos nos artigos 1º, 4º, 5º, 8º e 25 da CADH em prejuízo da senhora Luiza Melinho e outras pessoas trans que buscaram o Hospital da UNICAMP para realizar o procedimento de afirmação sexual.

O *Caso Luiza Melinho* ainda está em tramitação na CIDH. Em 14.04.2016, a Comissão aprovou o seu relatório de admissibilidade, decidindo:

- “1. Declarar admissível a presente petição em relação aos artigos 5º, 8º, 11, 24, 25 e 26 da Convenção Americana em conexão com as obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2º do mesmo instrumento a respeito da senhora Melinho;
2. Declarar inadmissível a presente petição em relação ao artigo 4º da Convenção Americana a respeito da senhora Melinho;
3. Declarar inadmissível a presente petição em relação ao grupo de pessoas trans não identificadas que buscaram o Hospital da UNICAMP para submeterem-se ao procedimento de afirmação sexual;
4. Notificar as partes da presente decisão;
5. Continuar com a análise do mérito da questão; e
6. Publicar esta decisão e incluí-la em seu Relatório Anual à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas”.

7.2. Pontos importantes

7.2.1. Esgotamento dos recursos internos e a interposição de recursos especial e extraordinário. O *Caso Luiza Melinho* nos oferece a oportunidade para enfrentar uma questão processual relevante no funcionamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a regra do esgotamento dos recursos internos abrange os recursos de natureza extraordinária ou limita-se aos recursos de natureza ordinária? A CADH não resolve essa questão claramente e apenas estabelece como requisito para o peticionamento perante a CIDH que a vítima haja interposto e esgotado “os recursos da jurisdição interna” (art. 46.1.a). Vejamos como essa questão foi abordada pela CIDH no *Caso Luiza Melinho*:

“Os peticionários sustentam que a via judicial não foi efetiva para assegurar à senhora Melinho a realização de sua cirurgia. Ademais, sustentam que houve uma demora injustificada na tramitação do processo interno. Porém, igualmente sustentam que os recursos internos foram esgotados com a decisão de segunda instância e que não seria necessário interpor recursos extraordinários a tribunais superiores. Por sua parte o Estado alega que o

processo teve uma duração razoável e indica que a interposição de recursos para o STJ e STF seria necessária para esgotar os recursos internos. Ademais, alega que estes recursos teriam sido eficazes para satisfazer a pretensão da suposta vítima já que uma decisão do TRF-4 havia estabelecido a obrigação do Estado de oferecer cirurgias de afirmação sexual através do sistema público de saúde.

A CIDH observa que a demanda judicial interposta pela vítima solicitava que o Estado realizasse sua cirurgia num hospital público ou pagasse pela sua realização em outro hospital, bem como solicitava indenização por danos sofridos em razão da negativa do Hospital da UNICAMP de realizar sua cirurgia. A CIDH também observa que o fato de que a vítima optou por realizar a sua cirurgia num hospital privado em setembro de 2005 não colocou fim ao processo interno, que continuou com o objetivo de obter o reembolso pelos gastos desta cirurgia, bem como a indenização pelos danos sofridos. Nesse sentido, uma decisão de primeira instância foi emitida em 8 de fevereiro de 2006 e uma decisão de segunda instância em 9 de junho de 2008.

A CIDH toma nota da alegação do Estado sobre a necessidade da interposição dos recursos especial e extraordinário perante o STJ e STF para esgotar os recursos internos. Porém, a CIDH observa que, na data da decisão do TJSP, o processo já tramitava há quase seis anos. Em razão das circunstâncias do caso, a CIDH considera que houve uma demora injustificada na tramitação do processo interno e que não seria razoável exigir a interposição de recursos extraordinários a tribunais superiores. Portanto, a Comissão conclui que no presente caso se aplica a exceção ao esgotamento dos recursos internos prevista no artigo 46.2.c) da Convenção Americana no que diz respeito às pretensões da senhora Melinho. (§ 38 e seguintes).

Perceba-se, portanto, que a CIDH não afirmou no *Caso Luiza Melinho* que os recursos de natureza extraordinária nunca devem ser esgotados pela vítima, mas sim admitiu a petição da vítima – sem a interposição daqueles recursos (especial e extraordinário) – pelo fato de ter constatado uma demora injustificada na tramitação do processo perante a jurisdição interna, o que excepciona a regra do esgotamento dos recursos internos conforme o art. 46.2.c da CADH (“houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos”).

O entendimento da CIDH, com o qual estamos de acordo, é no sentido de que não interessa a natureza do recurso – se ordinário ou extraordinário –, mas sim que ele seja adequado e eficaz para buscar a reparação do dano alegado pela vítima. Por isso, é correto afirmar que, em regra, recursos de natureza extraordinária – seja pelos seus pressupostos de admissibilidade mais rigorosos, seja pelo seu âmbito de discussão limitado – não precisam ser esgotados para autorizar o litígio internacional. Excepcionalmente, porém, o caso concreto pode apresentar características segundo as quais os recursos de natureza extraordinária tenham aptidão para buscar a reparação do dano. Imaginemos, por exemplo, um ato normativo que censure a liberdade de expressão dos professores no exercício da docência ou que acarrete discriminação contra pessoas LGBTI. Neste caso, a pessoa ou a coletividade prejudicada pode judicializar a questão e levá-la até o STF por meio de recurso extraordinário para questionar a constitucionalidade daquele ato

normativo. O peticionamento direto à CIDH, neste contexto, após o esgotamento apenas dos recursos de natureza ordinária, implicaria em subtrair do Supremo – órgão judicial máximo no Brasil – a chance de reparar o dano e, assim, evitar a responsabilização do país no âmbito internacional.

Em outras ocasiões a CIDH já precisou melhor o seu entendimento. No relatório da admissibilidade do *Caso da Clínica Pediátrica da Região dos Lagos* (Brasil), de 16.10.2008, a Comissão afirmou que “(...) em geral, não é necessário interpor recursos extraordinários, em especial quando têm um alcance restrito, e quando uma das alegações principais dos peticionários concentra-se nas supostas deficiências na investigação dos fatos (...)” (§ 40). A CIDH também já esclareceu que “Ainda em que alguns casos estes recursos de caráter extraordinário possam constituir remédios adequados para as violações dos direitos humanos, como regra geral somente devem ser esgotados os recursos cuja função dentro do sistema de direito interno seja idônea para proteger a situação jurídica infringida. Em todos os ordenamentos internos existem múltiplos recursos, mas nem todos são aplicáveis em todas as circunstâncias. Se, num caso específico, o recurso não é adequado, é óbvio que não é necessário esgotá-lo” (*Caso Sergio Schiavini e María Teresa Schnack Schiavini vs. Argentina*. Relatório de admissibilidade, § 53).

Este também parece ser o entendimento da doutrina. Neste sentido, lição de Ledesma:

“Uma das dúvidas que frequentemente aparece em relação à regra do esgotamento dos recursos internos é saber se os princípios de direito internacional mencionados pela Convenção se referem exclusivamente ao esgotamento dos recursos ordinários ou se eles se estendem à totalidade dos recursos disponíveis no ordenamento jurídico interno. A jurisprudência dos tribunais internacionais (...) parece inclinar-se no sentido da necessidade de esgotar todos os recursos disponíveis previstos no ordenamento jurídico correspondente; ademais, os princípios do direito internacional a que faz referência a Convenção Americana não parecem distinguir entre recursos ordinários e extraordinários. (...) Como quer que seja, o importante é que não exista o dever de esgotar aqueles recursos jurisdicionais que não sejam aptos para reparar o dano que se alega; portanto, os recursos extraordinários somente devem ser esgotados quando eles forem idôneos no caso particular e ofereçam a perspectiva de reparar a situação jurídica infringida. Portanto, tampouco existe o dever de esgotar absolutamente todos os recursos jurisdicionais disponíveis, incluindo aqueles de natureza extraordinária que não sejam aptos para reparar o dano alegado”⁴²⁷.

7.2.2. Oferecimento da cirurgia de afirmação sexual pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Conforme o entendimento da Corte IDH, “O reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas que se encontra protegido pela Convenção Americana em seus artigos 7º e 11.2” (OC-24/2017, § 101-d). Em seu relatório de admissibilidade no *Caso Luiza Melinho*, a CIDH também afirmou que “(...) a orientação

⁴²⁷ LEDESMA, Héctor Faúndez. *El agotamiento de los recursos internos no sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. In: Revista IIDH nº 46, julio-diciembre 2007, p. 54-55.

sexual, a identidade de gênero e a não discriminação por motivos de gênero são componentes fundamentais da vida privada das pessoas” (§ 149). Assim, embora a Corte IDH tenha estabelecido na OC-24/2017 que o procedimento de solicitação de mudança de nome, adequação da imagem e retificação da referência ao sexo ou gênero nos registros e documentos de identidade não exige a intervenção cirúrgica para adaptar a aparência físico-biológica da pessoa à sua realidade psíquica, espiritual e social (§ 146), quando a pessoa trans prefira a realização da cirurgia de afirmação sexual, esta deve ser oferecida pelo sistema público de saúde. Este é o entendimento que nos parece que a CIDH irá adotar quando da aprovação do relatório de mérito no *Caso Luiza Melinho*.

Sobre o tema, consideramos oportuno transcrever a ementa de julgamento do TRF4, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, na qual, com atribuição de eficácia nacional ao provimento decisório, o Poder Judiciário obrigou a União a incluir na tabela do SUS os procedimentos médicos de transgenitalização (também chama de cirurgia de afirmação sexual ou de cirurgia de redesignação sexual):

“(…)

1. A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde.
2. A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis.
3. A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à masculinidade e à feminilidade.
4. O princípio da igualdade impõe a adoção do mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos).
5. O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e da privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis.
6. A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade

humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos.

(...)

10. A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde.

11. Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público.

12. As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal, cuidando-se de típicas prestações de saúde, sem caráter mutilador.

13. As cirurgias de transgenitalização recomendadas para o tratamento do transexualismo não são procedimentos de caráter experimental, conforme atestam Comitês de Ética em Pesquisa Médica e manifestam Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

14. A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas.

(...)

17. Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é possível a atribuição de eficácia nacional à decisão proferida em ação civil pública, não se aplicando a limitação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 (redação da Lei nº 9.494/97), em virtude da natureza do direito pleiteado e das graves consequências da restrição espacial para outros bens jurídicos constitucionais.

18. Apelo provido, com julgamento de procedência do pedido e imposição de multa diária, acaso descumprido o provimento judicial pela Administração Pública" (Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9, rel. desembargador federal Roger Raupp Rios, 3ª Turma, j. 14.08.2007).

Finalmente, embora nos pareça mais adequado aguardar o posicionamento da CIDH sobre o mérito do *Caso Luiza Melinho* para aprofundar em outros assuntos envolvendo a cirurgia de afirmação sexual, já nos antecipamos para indicar que o período pré-operatório (prazo mínimo, prazo máximo, exceções etc.) certamente será objeto de apreciação pela CIDH, conforme se vê no trecho abaixo, extraído do relatório de admissibilidade do *Caso Luiza Melinho*:

"(...) a CIDH observa que a resolução do CFM-BR estabelece que a supervisão médica deve ser conduzida durante um período mínimo de dois anos, sem estabelecer um prazo máximo para esta supervisão e sem permitir que o prazo seja menor em circunstâncias particulares. Neste sentido, a

CIDH anota que no caso *Schlumpf v. Suíça* o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), ao analisar a imposição de prazos para a realização de uma cirurgia de afirmação sexual sem levar em conta as circunstâncias individuais de cada caso, afirmou que a imposição destes prazos pode conduzir a uma violação do direito à vida privada” (§ 53).

CAPÍTULO 6

**Comentários Gerais dos Comitês da
Organização das Nações Unidas (ONU)**

CAPÍTULO 6

COMENTÁRIOS GERAIS DOS COMITÊS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)

Nota explicativa sobre a competência dos comitês para expedir comentários gerais

Diferentemente da estrutura dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, não há no sistema global um tribunal internacional de direitos humanos⁴²⁸. No sistema convencional da Organização das Nações Unidas (ONU), os órgãos que mais se aproximam da natureza de um tribunal internacional – principalmente devido ao fato de serem constituídos por membros independentes, que exercem suas funções a título pessoal, e não como representantes dos Estados – são os comitês.

Atualmente, estão em funcionamento no sistema convencional da ONU de proteção dos direitos humanos os seguintes comitês: Comitê de Direitos Humanos, responsável por monitorar a implementação do PIDCP; Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, responsável por monitorar a implementação do PIDESC; Comitê para Eliminação da Discriminação Racial, responsável por monitorar a implementação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; Comitê para Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, responsável por monitorar a implementação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Comitê contra a Tortura, responsável por monitorar a implementação da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁴²⁹; Comitê para os Direitos da Criança, responsável por monitorar a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança; Comitê sobre Trabalhadores Migrantes, responsável por monitorar a implementação da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias; Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, responsável por monitorar a implementação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Comitê contra Desaparecimentos Forçados, responsável por monitorar a implementação da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado.

Entre as funções dos comitês, abordaremos neste capítulo a de expedir comentários gerais⁴³⁰.

⁴²⁸ Ainda que eventualmente aprecie temas direta ou indiretamente vinculados à proteção internacional dos direitos humanos, a Corte Internacional de Justiça não pode ser considerada um tribunal internacional de direitos humanos, pois a sua competência ordinária está limitada a demandas interestatais envolvendo assuntos mais ligados ao Direito Internacional *clássico* (disputas territoriais, descumprimento de compromissos internacionais etc.).

⁴²⁹ Esta Convenção ainda criou um segundo órgão convencional, que é o Subcomitê para Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

⁴³⁰ Optamos por utilizar a expressão “comentários” em razão da sua previsão nos tratados do sistema global, a exemplo do PIDCP (art. 40.4). No entanto, encontra-se na doutrina e também em documentos internacionais outras expressões para designar essa competência dos comitês, como

Os comentários gerais, que inicialmente tinham como objetivo auxiliar os Estados na apresentação dos relatórios periódicos – apontando, por exemplo, como e quais informações deveriam ser incluídas –, depois evoluíram para um documento mais amplo, por meio dos quais os comitês passaram a emitir uma espécie de “interpretação autêntica” sobre o conteúdo e o alcance das obrigações dos Estados em relação ao respectivo tratado. Durán explica como são elaborados os comentários gerais:

“A elaboração de um comentário geral responde a um processo trabalhoso e geralmente leva vários anos. Começa-se escolhendo o tema ou a disposição que cada comitê deve desenvolver; nomeia-se um ou vários relatores que se encarregam de realizar um estudo preliminar; são convocados dias de debate geral, seminários, oficinas e outros eventos internacionais nos quais os comitês consultarão todas as partes interessadas no desenvolvimento do DIDH (...). Concluídas todas as consultas, os comitês, com o auxílio somente de seus relatores e da secretaria, debatem os diferentes projetos em reunião privada e finalmente anunciam a adoção de um novo comentário geral, que torna público de imediato (...)”⁴³¹.

Assim como outras atividades dos comitês, os comentários gerais também enfrentam a resistência dos Estados no que diz respeito à sua natureza, se juridicamente vinculantes ou meramente *soft law*. Considerando que os comitês são os intérpretes mais autorizados (autênticos) dos tratados internacionais de direitos humanos do sistema global, e ainda, levando em conta o nível de abstração e generalidade dos comentários gerais, entendemos que essa atividade do comitê adquire uma dimensão normativa e se integra ao próprio texto do tratado, sendo, portanto, juridicamente vinculante para os Estados partes⁴³². Assim, para evitar aquilo que André de Carvalho Ramos denomina de “interpretação nacionalista dos tratados internacionais”⁴³³, os Estados partes devem buscar a adequação da prática interna com o entendimento dos comitês.

1. Comitê de Direitos Humanos

O Comitê de Direitos Humanos é o órgão responsável pelo monitoramento da implementação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Composto por 18 membros, eleitos para exercerem suas funções a título pessoal – e não como representantes dos Estados –, o Comitê de Direitos Humanos se vale dos seguintes

“observações” e “recomendações”.

⁴³¹ DURÁN, Carlos Villán. *Manual sobre el sistema universal de protección de los derechos humanos*. Geneva: Universidad para la Paz, 2016, p. 56.

⁴³² Neste sentido, ver: PIMENTEL, Sílvia; GREGORUT, Adriana. *Humanização do Direito Internacional: as recomendações gerais dos Comitês de Direitos Humanos da ONU e seu papel crucial na interpretação autorizada das normas de Direito Internacional*. In: SOUZA, Mércia Cardoso; QUINTÃO, Mario Lúcio (coords.). *A interface dos direitos humanos com o direito internacional*. Tomo II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 261-278.

⁴³³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 85.

mecanismos de proteção: a) relatórios periódicos; b) petições interestatais; e c) petições individuais.

O Brasil depositou o instrumento de ratificação do Protocolo Facultativo ao PIDCP em 25.09.2009, aceitando, então, a competência do Comitê de Direitos Humanos para receber e examinar petições individuais. Ainda não houve a internalização deste Protocolo Facultativo por meio do decreto de promulgação.

1.1. Comentário Geral nº 36/2017: O artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, relativo ao direito à vida⁴³⁴

Vejamos o entendimento do Comitê sobre o aborto:

“Ainda que os Estados partes possam adotar medidas destinadas a regulamentar a interrupção da gravidez, estas medidas não devem resultar na violação do direito à vida da mulher grávida ou de seus outros direitos em virtude do Pacto, como a proibição de tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes. Portanto, todas as restrições jurídicas que limitam a capacidade das mulheres para submeterem-se a um aborto não devem, entre outras coisas, colocar em perigo suas vidas nem expô-las a dores ou sofrimentos físicos ou psíquicos porquanto isso suporia uma violação do artigo 7º do Pacto. Os Estados partes devem facilitar um acesso seguro ao aborto para proteger a vida e a saúde das mulheres grávidas, e também nas situações em que levar a gravidez até o final causaria à mulher graves dores ou sofrimentos, sobretudo nos casos em que a gravidez é produto de violação ou incesto, ou quando o feto apresenta uma anomalia grave. Os Estados partes não devem regular a gravidez nem o aborto de maneira contrária ao seu dever de velar para que as mulheres não tenham que recorrer a abortos perigosos. Por exemplo, não devem adotar medidas como penalizar a gravidez de mulheres solteiras, nem aplicar sanções penais às mulheres que se submetem a um aborto ou aos médicos que lhes assistem para fazê-lo, quando se prevê que a adoção dessas medidas acarretará um aumento significativo dos abortos perigosos. Os Estados partes tampouco devem estabelecer requisitos excessivamente onerosos ou humilhantes para as mulheres que desejam se submeter a um aborto. A obrigação de proteger a vida das mulheres contra os riscos para a saúde relacionados com os abortos perigosos exige que os Estados partes garantam a mulheres e homens, e em particular aos adolescentes, acesso à informação e educação sobre as opções reprodutivas e a toda uma série de métodos anticonceptivos. Os Estados partes também devem velar para que as mulheres grávidas tenham acesso a serviços de atenção da saúde adequados, tanto pré-natais como posteriores ao aborto” (§ 9º).

Sobre a proteção do direito à vida de pessoas em situação de vulnerabilidade, o Comitê fez as seguintes considerações:

“O dever de proteger o direito à vida exige que os Estados partes adotem

⁴³⁴ Este Comentário Geral substitui os Comentários Gerais nº 6 e nº 14.

medidas especiais de proteção para as pessoas em situação de vulnerabilidade cuja vida se encontra numa situação particular de perigo devido a ameaças concretas ou padrões de violência pré-existent. Isso inclui os defensores dos direitos humanos, os jornalistas, as figuras públicas destacadas, as testemunhas de crimes e as vítimas da violência doméstica. Também pode incluir as crianças de rua, os membros das minorias étnicas e religiosas e os povos indígenas, as pessoas desaparecidas, as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgênero e intersexuais (LGBTI), as pessoas com albinismo, as pessoas acusadas de bruxaria, os solicitantes de asilo, os refugiados e os apátridas e, em determinadas situações, as mulheres e as crianças. Os Estados partes devem responder de maneira urgente e eficaz para proteger as pessoas que enfrentam uma ameaça concreta, entre outras coisas adotando medidas especiais como o oferecimento de proteção policial permanente, a emissão de ordens de restrição e proteção contra possíveis agressores e, em casos excepcionais, e unicamente com o consentimento livre e informado da pessoa ameaçada, a custódia cautelar” (§ 27).

Em relação ao art. 6.2 do PIDCP, segundo o qual “Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves (...)”, o Comitê advertiu que:

“O termo ‘os crimes mais graves’ deve ser interpretado de forma restritiva e limitar-se exclusivamente a delitos de extrema gravidade, que envolvam um homicídio intencional. Os delitos que não resultem direta e intencionalmente na morte, como os delitos relacionados com as drogas, a tentativa de assassinato, a corrupção e outros crimes econômicos (e políticos), o roubo à mão armada, a pirataria, o sequestro e os crimes sexuais, ainda que de caráter grave, nunca podem justificar, nos termos do artigo 6º, a imposição da pena de morte. No mesmo sentido, um grau limitado de participação ou de cumplicidade na prática de crimes mais graves, como fornecer os meios físicos para que se cometa um assassinato, não pode justificar a imposição da pena de morte. Os Estados partes têm a obrigação de examinar constantemente sua legislação penal para certificarem-se de que a pena de morte não seja imposta para crimes que não possam ser considerados com os mais graves” (§ 39).

1.2. Comentário Geral nº 35/2014: Artigo 9º (liberdade e segurança pessoais)⁴³⁵

Assim estabelece o art. 9º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

“1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

⁴³⁵ Este Comentário Geral substitui o Comentário Geral nº 8/1982.

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.
4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.
5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição”.

Sobre o conceito de prisão arbitrária, decorrente do art. 9.1 do PIDCP, o Comitê ressaltou o seguinte:

“O conceito de ‘arbitrariedadade não deve ser equiparado com o de ‘contrário à lei’, mas sim deve ser interpretado de forma mais ampla, de modo que inclua considerações relacionadas com a inadequação, a injustiça, a imprevisibilidade e as devidas garantias processuais, além de considerações relacionadas com a razoabilidade, a necessidade a proporcionalidade. Por exemplo, a prisão preventiva pela imputação de um crime deverá ser razoável e necessária em toda circunstância. Salvo no caso de sentenças condenatórias impostas judicialmente por um período determinado, a decisão de manter alguém em qualquer forma de prisão é arbitrária se a sua justificação não é avaliada periodicamente” (§ 12).

Sobre o art. 9.3 do PIDCP, que prevê, na sua primeira parte, o que no Brasil se convencionou de denominar audiência de custódia, o Comitê afirmou que ele se aplica no contexto dos processos penais ordinários, dos processos penais militares e em outros regimes especiais nos quais seja possível impor sanções penais (§ 31). Ainda sobre o conteúdo da garantia prevista na primeira parte do art. 9.3 do PIDCP, o Comitê esclareceu o seguinte:

“O parágrafo 3º exige, em primeiro lugar, que toda pessoa detida ou presa por causa de uma infração penal seja levada sem demora à presença de um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei a exercer funções judiciais. Este requisito se aplica em todos os casos sem exceção e não depende da escolha da pessoa privada de liberdade nem da sua capacidade para exigir seu cumprimento. (...) A finalidade deste direito é que a prisão de uma pessoa no contexto de uma investigação ou processo penal seja submetida a controle judicial. (...) É inerente ao correto desempenho da função judicial que a autoridade que a exerça seja independente, objetiva e imparcial em relação às questões tratadas. Por isso, membros do Ministério Público não podem ser considerados fun-

cionários que exercem funções judiciais no sentido do parágrafo 3º” (§ 32)⁴³⁶.

Referente ao significado da expressão “sem demora”, o Comitê afirmou o seguinte:

“Ainda que o significado exato de ‘sem demora’ possa variar em função das circunstâncias objetivas, os prazos não devem exceder alguns poucos dias desde o momento da detenção. No entendimento do Comitê, um prazo de 48 horas é normalmente suficiente para conduzir a pessoa e preparar a audiência judicial; todo prazo superior a 48 horas deverá obedecer a circunstâncias excepcionais e estar justificado por elas. (...) No caso dos menores deverá ser aplicado um prazo especialmente restrito, por exemplo de 24 horas” (§ 33).

Na sequência – e ainda sobre o art. 9.3 –, o Comitê advertiu que a pessoa deve comparecer *fisicamente* perante o juiz, o que pode conflitar com a ideia de se realizar a audiência de custódia por videoconferência⁴³⁷.

Prosseguindo, o Comitê apresentou uma série de elementos limitadores da prisão preventiva que consideramos muito oportuno destacar:

“A prisão preventiva não deve constituir uma prática geral, mas sim deve se basear numa determinação individualizada de que esta medida se mostre razoável e necessária, consideradas todas as circunstâncias, para fins como impedir a fuga, a alteração das provas ou a reiteração no crime. A lei deve especificar os fatores pertinentes e não deve incluir critérios vagos ou excessivamente amplos, como a ‘segurança pública’. A prisão preventiva não deve ser obrigatória para todas as pessoas acusadas de um crime concreto, sem levar em conta as circunstâncias de cada caso. Tampouco deve ser ordenada por um período em razão da pena que poderá corresponder ao delito em questão, mas sim de uma determinação da necessidade. Os tribunais devem examinar se as alternativas à prisão preventiva, como a fiança, as tornozeleiras eletrônicas ou outras medidas, fazem com que a prisão se torne desnecessária no caso concreto. Se o acusado é estrangeiro, este fato não deverá ser considerado suficiente para determinar a possibilidade de saída do território. Uma vez que haja uma determinação inicial de que a prisão preventiva é necessária, essa decisão deve ser revisada periodicamente para estabelecer se continua razoável e necessária à luz das possíveis alternativas. Se o período durante o qual o acusado está preso alcança a duração da pena mais grave que poderá ser imposta pelos crimes imputados, ele deverá ser colocado em liberdade. A prisão preventiva de menores deverá ser evitada na maior medida possível” (§ 38).

⁴³⁶ A respeito da consideração de que o Ministério Público não deve ser considerado uma autoridade judicial para presidir a audiência de custódia, lembramos que, conforme já visto anteriormente, a Corte IDH chegou à mesma conclusão (*Caso Acosta Calderón vs. Equador*, § 80).

⁴³⁷ A CIDH admite a realização da audiência de custódia por videoconferência em hipóteses excepcionais. Nesse sentido, ver *Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*, 2017, p. 28.

Sobre o art. 9.4, o Comitê esclareceu que este dispositivo consagra a garantia do *habeas corpus*, que deve ser apreciado por um tribunal competente para, se for o caso, determinar que a pessoa seja imediatamente colocada em liberdade, com ou sem a imposição de condições. O Comitê também afirmou que o PIDCP não exige que esta decisão do tribunal sobre o *habeas corpus* seja recorrível (§ 48).

Mais a frente, avaliando a relação do art. 9º com outros dispositivos do PIDCP, o Comitê apresentou uma lista exemplificativa de cuidados que os Estados devem tomar para prevenir a tortura:

“(…) A prisão deve ser efetuada unicamente em dependências oficialmente reconhecidas como lugares de privação de liberdade. Deve ser mantido um registro oficial centralizado no qual sejam anotados os nomes e os lugares de privação de liberdade, os horários de entrada e de saída, assim como os nomes das pessoas responsáveis pela prisão, e este registro deve estar à disposição dos interessados, incluídos os familiares, de forma acessível e sem obstáculos. Deve-se autorizar o acesso sistemático e sem demora do pessoal médico independente e advogados, assim como dos familiares, com a supervisão apropriada, quando o propósito seja legítimo. As pessoas presas devem ser informadas sem demora dos seus direitos num idioma que compreendam; proporcionar folhetos informativos nos idiomas adequados, inclusive em Braille, pode, na maioria dos casos, ajudar a pessoa presa a obter a informação. Deve-se informar aos estrangeiros presos do seu direito a se comunicarem com suas autoridades consulares ou, no caso dos solicitantes de refúgio, com a Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. Devem ser estabelecidos mecanismos independentes e imparciais para visitar e inspecionar todos os lugares de privação de liberdade, incluídas as instituições de saúde mental” (§ 58).

Finalmente, assim como a Corte IDH⁴³⁸, o Comitê de Direitos Humanos também entende que apesar de o direito à liberdade de locomoção, previsto no art. 9º do PIDCP, ser passível de suspensão, as garantias processuais que protegem a liberdade pessoal – entre elas, de forma especial o *habeas corpus* – não podem ser suspensas:

“O artigo 9º não está incluído na lista dos direitos inderrogáveis do artigo 4º, parágrafo 2º, do Pacto, mas existem limites à faculdade dos Estados partes de suspender suas disposições. (...)”

A garantia fundamental contra a reclusão arbitrária não é derogável, na medida em que inclusive as situações contempladas no artigo 4º não podem justificar uma privação de liberdade que não seja razoável ou necessária nessas circunstâncias. (...)”

As garantias processuais que protegem a liberdade pessoal nunca podem ser objeto de medidas de suspensão que desconsiderem a proteção de direitos que não são derogáveis. Para proteger os direitos inderrogáveis, incluídos os previstos nos artigos 6º e 7º, o direito a recorrer a um tribunal para que este possa decidir rapidamente sobre a legalidade da reclusão não pode

⁴³⁸ Cf. OC-8/87 – O *habeas corpus* sob suspensão de garantias.

se ver limitado pelas medidas de suspensão” (§ 65 e seguintes).

1.3. Comentário Geral nº 34/2011: Artigo 19 (liberdade de opinião e liberdade de expressão)⁴³⁹

Assim estabelece o art. 19 do PIDCP:

“1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”.

Sobre a liberdade de expressão, o Comitê assim se manifestou a respeito do conteúdo deste direito:

“O parágrafo 2º exige dos Estados partes que garantam o direito à liberdade de expressão, incluído o direito a buscar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem limitação de fronteiras. Este direito inclui a expressão e a recepção de comunicações sobre toda classe de ideias e opiniões que possam ser transmitidas aos outros, obedecendo ao disposto no parágrafo 3º do artigo 19 e do artigo 20. Abrange o pensamento político, os comentários sobre os assuntos particulares e públicos, as campanhas porta a porta, a discussão sobre direitos humanos, o jornalismo, a expressão cultural e artística, a docência e o pensamento religioso. Pode incluir também a publicidade comercial. O alcance do parágrafo 2º chega inclusive a expressões que possam ser consideradas profundamente ofensivas, embora esta expressão possa ser limitada de acordo com o artigo 19, parágrafo 3º, e artigo 20” (§ 11).

Mais a frente, o Comitê adverte para a obrigação dos Estados de proteger de ataques quem faz uso do direito à liberdade de expressão, a exemplo dos jornalistas e dos defensores de direitos humanos:

“Os Estados partes devem adotar medidas eficazes de proteção contra os ataques destinados a calar quem exerce seu direito à liberdade de expressão. Não se pode invocar o parágrafo 3º [do art. 19] como justificação para silenciar os defensores da democracia pluripartidarista, os princípios demo-

⁴³⁹ Este Comentário Geral substitui o Comentário Geral nº 10/1983.

cráticos e os direitos humanos. Tampouco são compatíveis com o artigo 19, em nenhuma circunstância, os atentados contra uma pessoa, praticados por meio de detenção arbitrária, tortura, ameaças de morte e assassinato. Os jornalistas são frequentemente vítimas de ameaças desta natureza, de intimidação e de atentados por causa de suas atividades. Também são vítimas aqueles que reúnem e analisam informações sobre a situação dos direitos humanos ou publicam relatórios sobre estes direitos, incluídos os juízes e os advogados. Todos estes atentados devem ser objeto de uma ativa e pontual investigação, devendo os seus autores serem submetidos a julgamento, bem como deve ser oferecida uma reparação adequada às vítimas ou, quando estas tenham perdido a vida, aos seus representantes” (§ 23).

Sobre o exercício da liberdade de expressão para críticas aos funcionários públicos, aos políticos e ao Estado de um modo geral, o Comitê ressaltou o seguinte:

“(…) no debate público sobre figuras políticas e das instituições públicas é muito importante que a liberdade de expressão possa ser exercida sem inibições. Portanto, o simples fato de considerar que uma declaração insulta uma figura pública não basta para justificar a imposição de sanções, ainda que as personalidades públicas também possam se beneficiar das disposições do Pacto. Ademais, todas as figuras públicas, inclusive as que exercem os cargos políticos de maior importância, como os Chefes de Estado ou de Governo, podem ser objeto legítimo de críticas e oposição política. Consequentemente, o Comitê tem expressado a sua preocupação em relação a leis sobre questões como a lesa majestade, o desacato, a falta de respeito pela autoridade, a falta de respeito pelas bandeiras e pelos símbolos, a difamação do Chefe de Estado e a proteção da honra dos funcionários públicos. As leis não devem estabelecer penas mais severas segundo quem seja a pessoa criticada. Os Estados partes não devem proibir a crítica das instituições, como o Exército ou a administração” (§ 38).

Ainda sobre este assunto, referindo-se agora de forma mais geral sobre as *leis de difamação*, vejamos o entendimento do Comitê:

“As leis sobre difamação devem ser redigidas com cuidado para se assegurar de que cumpram o disposto no parágrafo 3º e não sirvam na prática para atentar contra a liberdade de expressão. Todas as leis desta natureza, e em particular as leis penais relativas à difamação, devem incluir meios de defesa tais como a prova da verdade e não deve ser aplicadas às formas de expressão que, por sua natureza, não estão sujeitas à verificação. Ao menos no que diz respeito aos comentários sobre figuras públicas, há que se considerar a possibilidade de não punir as declarações que não forem verídicas mas que foram feitas por erro e não com má intenção. Seja como for, um interesse público no objeto das críticas deveria poder ser alegado como defesa. Os Estados partes devem ter cuidado para não impor penas excessivamente punitivas. (...) Os Estados partes devem considerar a possibilidade de despenalizar a difamação e, em todo caso, a normativa penal somente deverá ser aplicada nos casos mais graves, e a pena de prisão

nunca é adequada. Não é permitido que um Estado parte acuse alguém pelo delito de difamação, mas não o submeta rapidamente à julgamento; essa prática tem um efeito dissuasório que pode restringir indevidamente o exercício da liberdade de expressão” (§ 47).

Noutra passagem importante do Comentário Geral, o Comitê ressaltou que “As leis que penalizam a expressão de opiniões sobre fatos históricos são incompatíveis com as obrigações que o Pacto impõe aos Estados partes no tocante ao respeito das liberdades de opinião e expressão”, afirmando ainda que “O Pacto não autoriza as proibições penais da expressão de opiniões errôneas ou interpretações incorretas de acontecimentos passados” (§ 49).

1.4. Comentário Geral nº 33/2008: Obrigações dos Estados partes sobre o Protocolo Facultativo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

O Protocolo Facultativo ao PIDCP foi aprovado e aberto para assinatura, ratificação e adesão pelo mesmo instrumento da Assembleia Geral das Nações Unidas, a resolução 2200 A (XXI) de 16.12.1966, pela qual se aprovou o próprio Pacto. Tanto o Pacto quanto o seu Protocolo Facultativo entraram em vigor em 23.03.1976.

De acordo com o preâmbulo do Protocolo Facultativo, o seu objetivo é assegurar a melhor realização dos propósitos do Pacto, facultando ao Comitê de Direitos Humanos receber e considerar comunicações individuais de pessoas que aleguem ser vítimas de violações de qualquer dos direitos humanos previstos no PIDCP.

A parte que consideramos mais relevante do Comentário Geral nº 33 é a que o Comitê explica a natureza das funções por ele desempenhadas quando da análise das comunicações individuais:

“Ainda que a função desempenhada pelo Comitê de Direitos Humanos, ao examinar as petições individuais, não seja, em si mesma, a de um órgão judicial, os pronunciamentos emitidos pelo Comitê, em conformidade com o Protocolo Facultativo, apresentam algumas das principais características de uma decisão judicial. São emitidos com espírito judicial, conceito que inclui a imparcialidade e a independência dos membros do Comitê, a ponderada interpretação da linguagem do Pacto e o caráter determinante das decisões.

O termo empregado no parágrafo 4º do artigo 5º do Protocolo Facultativo para as decisões do Comitê é ‘observações’. Nessas decisões são expostas as constatações do Comitê sobre as violações alegadas pelo autor e, quando restar comprovada a existência de uma violação, é indicado o meio de reparar esta violação.

Os pronunciamentos emitidos pelo Comitê com fundamento no Protocolo Facultativo representam uma decisão autorizada de um órgão estabelecido em virtude do próprio Pacto e encarregado da interpretação deste instrumento. O caráter e a importância destes pronunciamentos emanam da função integral que incumbe ao Comitê com fundamento no Pacto e no Protocolo Facultativo.

(...) O caráter dos pronunciamentos do Comitê emana também da obrigação dos Estados partes de atuar de boa-fé (...). A obrigação de cooperar com

o Comitê resulta da aplicação do princípio da boa-fé no cumprimento de todas as obrigações convencionais (§ 11 e seguintes).

Sobre o caráter vinculante das decisões dos Comitês vinculados aos tratados do sistema global de proteção dos direitos humanos, remetemos o leitor para nossos comentários ao *Caso Lula*.

1.5. Comentário Geral nº 32/2007: O direito à um julgamento imparcial e à igualdade perante os tribunais e cortes de justiça⁴⁴⁰

Sobre o direito à igualdade perante os tribunais, o Comitê ressaltou o seguinte:

“O direito à igualdade perante os tribunais e cortes de justiça garante também a igualdade de meios processuais. Isso significa que todas as partes num processo gozarão dos mesmos direitos em matéria de procedimento, salvo se lei prever distinções e estas possam ser justificadas em causas objetivas e razoáveis, sem que contemplem nenhuma desvantagem efetiva ou outra injustiça para o processado. Não há igualdade de meios processuais se, por exemplo, o Ministério Público pode recorrer de uma determinada decisão, mas o processado não pode. O princípio da igualdade entre as partes se aplica também nos processos cíveis e exige, entre outras coisas, que se outorgue a cada parte a oportunidade de se opor a todos os argumentos e provas apresentados pela outra parte” (§ 13).

Sobre a garantia da imparcialidade, assim se pronunciou o Comitê:

“O requisito da imparcialidade tem dois aspectos. Em primeiro lugar, os juízes não devem permitir que seus julgamentos estejam influenciados por vieses ou prejuízos pessoais, nem ter ideias preconcebidas a respeito do assunto submetido à seu estudo, nem atuar de maneira que indevidamente promova os interesses de uma das partes em detrimento dos da outra parte. Em segundo lugar, o tribunal também deve parecer imparcial a um observador razoável. Por exemplo, normalmente não pode ser considerado imparcial um julgamento afetado pela participação de um juiz que, conforme os estatutos internos, deveria ter sido recusado” (§ 21).

Mais a frente, o Comitê se manifestou sobre o princípio da oralidade:

“Em princípio, todos os julgamentos em casos penais ou casos conexos de caráter cível deveriam ser conduzidos oral e publicamente. A publicidade das audiências assegura a transparência das atuações e constitui uma importante garantia que age no interesse da pessoa e da sociedade em seu conjunto. Os tribunais devem facilitar ao público informação acerca da data e do lugar do julgamento e dispor de meios adequados para a assistência dos membros interessados do público, dentro de limites razoáveis, tendo em

⁴⁴⁰ Este Comentário Geral substitui o Comentário Geral nº 13/1984.

conta, entre outras coisas, o possível interesse público pelo caso e pela audiência. O direito a ser ouvido publicamente não se aplica necessariamente em todos os procedimentos de apelação, que podem se realizar sobre a base de apresentações escritas (...)” (§ 28).

Na sequência, o Comitê se manifestou sobre a garantia da presunção de inocência:

“Em conformidade com o parágrafo 2º do artigo 14, toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não for provada sua culpabilidade conforme a lei. A presunção de inocência, que é fundamental para a proteção dos direitos humanos, impõe a carga da prova à acusação, garante que não se presuma a culpabilidade a menos que tenha sido demonstrada a acusação forma de toda dúvida razoável, assegura que o acusado tenha o benefício da dúvida e exige que as pessoas acusadas de um crime sejam tratadas em conformidade com este princípio. Todas as autoridades públicas têm o dever de absterem-se de prejudicar os resultados de um julgamento, por exemplo, abstendo-se de fazer comentários públicos nos quais declare a culpabilidade do acusado. Normalmente, os acusados não devem usar algemas ou estarem presos durante o julgamento, nem ser apresentados perante o tribunal de alguma outra forma que dê a entender que poderia se tratar de delinquentes perigosos. Os meios de comunicação devem evitar expressar opiniões prejudiciais à presunção de inocência. Ademais, a duração da prisão preventiva nunca deverá ser considerada indicativa da culpabilidade nem do grau desta. (...)” (§ 30).

Noutra passagem importante do Comentário Geral, o Comitê interpretou o art. 14.3.d, na parte em que este confere ao acusado a possibilidade de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha:

“(...) o direito de todos os acusados de um crime de defenderem-se pessoalmente ou mediante um advogado de sua própria escolha e de serem informados deste direito, conforme o disposto no artigo 14.3.d, refere-se a dois tipos de defesa que não se excluem mutuamente. As pessoas assistidas por um advogado têm direito a dar instruções ao advogado sobre como conduzir o caso, dentro dos limites da responsabilidade profissional, e a prestar depoimento em seu próprio nome. Ao mesmo tempo, nos termos do Pacto é claro, em todos os idiomas oficiais, no sentido do que prevê o direito a defender-se pessoalmente ‘ou’ a ser assistido por um defensor de sua escolha, o que abrange a possibilidade de o acusado recusar a assistência de um advogado. Porém, este direito a defender-se sem advogado não é absoluto. Em alguns casos concretos, o interesse da justiça pode exigir a nomeação de um advogado contra o desejo do acusado, particularmente nos casos de pessoas que obstruam substancial e persistentemente a devida condução do julgamento ou façam frente a uma acusação grave e sejam incapazes de atuar na defesa de seus próprios interesses, ou quando seja necessário para proteger testemunhas vulneráveis de novas pressões ou intimidações se os acusados fossem interroga-las pessoalmente. Porém, toda restrição do desejo dos acusados de se defenderem por sua conta deve ter um propósito objetivo e suficientemente sério, e não ir além do que seja

necessário para sustentar o interesse da justiça. Consequentemente, a legislação nacional deve evitar excluir qualquer possibilidade de que uma pessoa se defenda num processo penal sem a assistência de um advogado” (§ 37)

A partir desta interpretação do Comitê, poderíamos considerar inconveniente o art. 261, *caput*, do CPP, segundo o qual “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

O Comitê também emitiu a sua interpretação a respeito do art. 14.5 do PIDCP, afirmando que ele é violado não apenas se a decisão de primeira instância é considerada definitiva, mas também quando uma há uma condenação imposta por um tribunal de apelação ou por um tribunal de última instância a uma pessoa absolvida em primeira instância que não possa ser revisada por tribunal superior. Para o Comitê, “Quando o tribunal mais alto de um país atua como primeira e única instância, a ausência do direito de revisão por um tribunal superior não fica compensada pelo fato de ter sido julgado pelo tribunal de maior hierarquia do Estado Parte; pelo contrário, tal sistema é incompatível com o Pacto, a menos que o Estado Parte interessado haja formulado uma reserva neste sentido” (§ 47). Assim, a interpretação do Comitê alinha-se à jurisprudência da Corte IDH⁴⁴¹.

Prosseguindo, para o Comitê, a garantia do *ne bis in idem*, prevista no art. 14.7 do Pacto, não é absoluta, e isso porque não se aplica, por exemplo, quando um tribunal superior anula a condenação e determina a repetição do julgamento ou quando a retomada de um julgamento penal se justifique por causas excepcionais, como o descobrimento de provas que não se conheciam ou não estavam disponíveis no momento da absolvição. Vemos com preocupação esta segunda exceção admitida pelo Comitê, pois ela acaba permitindo uma espécie de revisão criminal contra o réu, submetendo-o a um estado de insegurança jurídica permanente. Lembramos que o CPP somente admite a revisão criminal para beneficiar o réu (art. 621).

1.6. Comentário Geral nº 31/2004: Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto⁴⁴²

Vejamos o que prevê o art. 2º do PIDCP:

“1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias

⁴⁴¹ Cf. *Caso Mohamed vs. Argentina* e *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*.

⁴⁴² Este Comentário Geral substitui o Comentário Geral nº 3/1981.

com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

- a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;
- b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;
- c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso”.

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho para destacar deste Comentário Geral, que trata, de um modo geral, das obrigações dos Estados para proteger os direitos humanos previstos no PIDCP.

1.7. Comentário Geral nº 30/2002: Obrigação de apresentar relatórios de acordo com o artigo 40 do Pacto⁴⁴³

Vejamos o que prevê o art. 40 do PIDCP, que estabelece o mecanismo convencional dos relatórios periódicos:

“1. Os Estados partes do presente Pacto comprometem-se a submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o processo alcançado no gozo desses direitos:

- a) Dentro do prazo de um ano, a contar do início da vigência do presente pacto nos Estados Partes interessados;
- b) A partir de então, sempre que o Comitê vier a solicitar.

2. Todos os relatórios serão submetidos ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que os encaminhará, para exame, ao Comitê. Os relatórios deverão sublinhar, caso existam, os fatores e as dificuldades que prejudiquem a implementação do presente Pacto.

3. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas poderá, após consulta ao Comitê, encaminhar às agências especializadas interessadas cópias das partes dos relatórios que digam respeito a sua esfera de competência.

4. O Comitê estudará os relatórios apresentados pelos Estados Partes do presente Pacto e transmitirá aos Estados Partes seu próprio relatório, bem como os comentários gerais que julgar oportunos. O Comitê poderá igualmente transmitir ao Conselho Econômico e Social os referidos comen-

⁴⁴³ Este Comentário Geral substitui o Comentário Geral nº 10/1981.

tários, bem como cópias dos relatórios que houver recebido dos Estados Partes do presente Pacto.

5. Os Estados Partes no presente Pacto poderão submeter ao Comitê as observações que desejarem formular relativamente aos comentários feitos nos termos do parágrafo 4 do presente artigo”.

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho para destacar deste Comentário Geral, que trata apenas de normas procedimentais internas para o caso de os Estados não apresentarem os relatórios periódicos ou não se fazerem presentes nas sessões de exame dos relatórios.

1.8. Comentário Geral nº 29/2001: Estados de emergência (artigo 4º)⁴⁴⁴

Vejamos o que prevê o art. 4º do PIDCP:

“1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6, 7, 8 (parágrafos 1 e 2) 11, 15, 16, e 18.

3. Os Estados Partes do presente Pacto que fizerem uso do direito de suspensão devem comunicar imediatamente aos outros Estados Partes do presente Pacto, por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, as disposições que tenham suspenso, bem como os motivos de tal suspensão. Os Estados partes deverão fazer uma nova comunicação, igualmente por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, na data em que terminar tal suspensão”.

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho para destacar deste Comentário Geral, que apenas esclarece o conteúdo e o alcance de cada um dos elementos limitadores do estado de emergência.

1.9. Comentário Geral nº 28/2000: A igualdade de direitos entre homens e mulheres⁴⁴⁵

O art. 3º do PIDCP estabelece que “Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto”.

Sobre as raízes da desigualdade entre homens e mulheres, o Comitê ressaltou o seguinte:

⁴⁴⁴ Este Comentário Geral substitui o Comentário Geral nº 5/1981.

⁴⁴⁵ Este Comentário Geral substitui o Comentário Geral nº 4/1981.

“A desigualdade que padecem as mulheres no mundo, no desfrute dos seus direitos, está profundamente enraizada na tradição, na história e na cultura, inclusive nas atitudes religiosas. O papel subordinado que tem a mulher em alguns países é evidenciado pela alta incidência de seleção pré-natal para o sexo do feto e o aborto de fetos femininos. Os Estados Partes devem certificar-se de que não sejam utilizadas as atitudes tradicionais, históricas, religiosas ou culturais como pretexto para justificar a violação do direito da mulher à igualdade perante a lei e ao desfrute em condições de igualdade de todos os direitos previstos no Pacto. Os Estados Partes devem apresentar informação adequada acerca daqueles aspectos da tradição, da história, das práticas culturais e das atitudes religiosas que comprometam ou possam comprometer o cumprimento do artigo 3º e indicar quais medidas têm adotado ou se propõe a adotar para corrigir a situação” (§ 5º).

Numa passagem importante do Comentário Geral, o Comitê aborda a questão das consequências jurídicas e sociais da violência sexual contra a mulher:

“Outro fator que pode afetar o direito da mulher a contrair matrimônio unicamente em virtude de seu livre e pleno consentimento refere-se à existência de atitudes sociais que tendem a marginalizar a mulher vítima de uma violação e a exercer pressão sobre ela para que aceite se casar. As leis que exoneram o violador [crime sexual] de responsabilidade penal ou que atenuam a pena se ele se casa com a vítima podem também resultar em detrimento do direito da mulher a contrair matrimônio unicamente em virtude de seu livre e pleno consentimento. (...) Além disso, o direito a escolher o cônjuge pode estar restringido em virtude de leis ou práticas que impeçam que uma mulher de uma determinada religião se case com um homem que professe uma religião diferente ou nenhuma. (...) Cabe observar também que a igualdade de tratamento a respeito do direito de contrair matrimônio significa que a poligamia é incompatível com este princípio. A poligamia atenta contra a dignidade da mulher. Constitui, ainda, uma discriminação inadmissível à mulher e deve, por isso, ser definitivamente abolida onde exista” (§ 24).

No mais, este Comentário Geral ressaltou diversas outras obrigações dos Estados para estabelecer e concretizar a igualdade de direitos e de tratamento entre homens e mulheres.

1.10. Comentário Geral nº 27/1999: Liberdade de circulação (artigo 12)

Vejamos o que estabelece o art. 12 do PIDCP:

- “1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.
2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
3. os direitos supracitados não poderão em lei e no intuito de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e

liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto.

4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país”.

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho para destacar deste Comentário Geral.

1.11. Comentário Geral nº 26/1997: Questões relacionadas com a continuidade das obrigações do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

O PIDCP, diferentemente da CADH (art. 78), não prevê nenhuma disposição sobre a sua denúncia pelos Estados Partes. E de acordo com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, “Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção, e que não prevê denúncia ou retirada, não é suscetível de denúncia ou retirada (...)” (art. 56).

Para o Comitê, a ausência de disposição sobre denúncia no PIDCP não consiste em mera inadvertência, mas sim a vontade deliberada dos Estados Partes no Pacto de não admitirem a sua denúncia, e isso porque quando o PIDCP quis admitir a retirada ou denúncia, ele assim o fez expressamente, como no art. 41.2, que prevê a retirada da aceitação da competência do Comitê para receber e analisar comunicações individuais e também o seu Primeiro Protocolo Facultativo, que expressamente admite denúncia.

Assim, o Comitê ressaltou o seguinte:

“(...) é indiscutível que o Pacto não é um tratado que, por sua natureza, contenha um direito de denúncia. Junto com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foi preparado e aprovado ao mesmo tempo que ele, o Pacto codifica em forma de tratado os direitos humanos universais consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos, instrumento este que, juntamente com outros dois, configura o que se denomina ‘Carta Internacional de Direitos Humanos’. Por isso, o Pacto carece do caráter temporal próprio dos tratados em que se considera admissível o direito de denúncia (...)” (§ 3º).

1.12. Comentário Geral nº 25/1996: O direito de participar nos assuntos públicos, direitos de voto e igual direito de acesso ao serviço público (artigo 25)

Vejam os que estabelece o art. 25 do PIDCP:

“Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”.

Sobre a suspensão dos direitos políticos para exercer o direito de votar, o Comitê ressaltou o seguinte:

“Em seus relatórios, os Estados devem indicar e explicar as disposições legislativas em virtude das quais se pode privar os cidadãos do direito ao voto. Os motivos para privar-lhes desse direito devem ser objetivos e razoáveis. Se o motivo para suspender o direito de voto é a condenação por um crime, o período de tal suspensão deve guardar a devida proporção entre o crime e a condenação. As pessoas a quem se priva de liberdade, mas que ainda não tenham sido condenadas, não podem ser impedidas de exercerem seu direito de votar” (§ 14).

No mais, este Comentário Geral ressaltou diversas outras obrigações básicas dos Estados para assegurar o exercício dos direitos políticos, todas elas compatíveis com o Direito Eleitoral brasileiro.

1.13. Comentário Geral nº 24/1994: Questões relacionadas com reservas feitas no momento da ratificação ou adesão ao Pacto ou os respectivos protocolos facultativos, ou em relação a declarações nos termos do artigo 41 do Pacto

Vejamos o que estabelece o art. 41 do PIDCP:

“1. Com base no presente Artigo, todo Estado Parte do presente Pacto poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue que outro Estado Parte não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe o presente Pacto. As referidas comunicações só serão recebidas e examinadas nos termos do presente artigo no caso de serem apresentadas por um Estado Parte que houver feito uma declaração em que reconheça, com relação a si próprio, a competência do Comitê. O Comitê não receberá comunicação alguma relativa a um Estado Parte que não houver feito uma declaração dessa natureza. As comunicações recebidas em virtude do presente artigo estarão sujeitas ao procedimento que se segue:

a) Se um Estado Parte do presente Pacto considerar que outro Estado Parte não vem cumprindo as disposições do presente Pacto poderá, mediante comunicação escrita, levar a questão ao conhecimento deste Estado Parte. Dentro do prazo de três meses, a contar da data do recebimento da comunicação, o Estado destinatário fornecerá ao Estado que enviou a comunicação explicações ou quaisquer outras declarações por escrito que esclareçam a questão, as quais deverão fazer referência, até onde seja possível e pertinente, aos procedimentos nacionais e aos recursos jurídicos adotados, em trâmite ou disponíveis sobre a questão;

b) Se, dentro do prazo de seis meses, a contar da data do recebimento da comunicação original pelo Estado destinatário, a questão não estiver dirimida satisfatoriamente para ambos os Estados partes interessados, tanto um como o outro terão o direito de submetê-la ao Comitê, mediante notificação endereçada ao Comitê ou ao outro Estado interessado;

c) O Comitê tratará de todas as questões que se lhe submetem em virtude do

presente artigo somente após ter-se assegurado de que todos os recursos jurídicos internos disponíveis tenham sido utilizados e esgotados, em consonância com os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos. Não se aplicará essa regra quanto a aplicação dos mencionados recursos prolongar-se injustificadamente;

d) O Comitê realizará reuniões confidenciais quando estiver examinando as comunicações previstas no presente artigo;

e) Sem prejuízo das disposições da alínea c) Comitê colocará seus bons Ofícios dos Estados Partes interessados no intuito de alcançar uma solução amistosa para a questão, baseada no respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos no presente Pacto;

f) Em todas as questões que se submetam em virtude do presente artigo, o Comitê poderá solicitar aos Estados Partes interessados, a que se faz referência na alínea b) , que lhe forneçam quaisquer informações pertinentes;

g) Os Estados Partes interessados, a que se faz referência na alínea b), terão direito de fazer-se representar quando as questões forem examinadas no Comitê e de apresentar suas observações verbalmente e/ou por escrito;

h) O Comitê, dentro dos doze meses seguintes à data de recebimento da notificação mencionada na alínea b), apresentará relatório em que:

(i se houver sido alcançada uma solução nos termos da alínea e), o Comitê restringir-se-á, em relatório, a uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada.

(ii se não houver sido alcançada solução alguma nos termos da alínea e), o Comitê, restringir-se-á, em seu relatório, a uma breve exposição dos fatos; serão anexados ao relatório o texto das observações escritas e as atas das observações orais apresentadas pelos Estados Parte interessados.

Para cada questão, o relatório será encaminhado aos Estados Partes interessados.

2. As disposições do presente artigo entrarão em vigor a partir do momento em que dez Estados Partes do presente Pacto houverem feito as declarações mencionadas no parágrafo 1 desde artigo. As referidas declarações serão depositados pelos Estados Partes junto ao Secretário-Geral das Organizações das Nações Unidas, que enviará cópias das mesmas aos demais Estados Partes. Toda declaração poderá ser retirada, a qualquer momento, mediante notificação endereçada ao Secretário-Geral. Far-se-á essa retirada sem prejuízo do exame de quaisquer questões que constituam objeto de uma comunicação já transmitida nos termos deste artigo; em virtude do presente artigo, não se receberá qualquer nova comunicação de um Estado Parte uma vez que o Secretário-Geral tenha recebido a notificação sobre a retirada da declaração, a menos que o Estado Parte interessado haja feito uma nova declaração”.

O Comitê inicia ressaltando a dificuldade em distinguir reserva de declaração interpretativa:

“Nem sempre é fácil distinguir uma reserva de uma declaração sobre a

maneira pela qual um Estado interpreta uma disposição (...). Deve-se levar em consideração a intenção do Estado e não a forma do instrumento. Se uma declaração, independentemente de como é designada, tem por objeto excluir ou modificar o efeito jurídico de um tratado em sua aplicação ao Estado, constituirá uma reserva. Pelo contrário, se uma chamada reserva se limita a expor a maneira pela qual um Estado interpreta uma disposição, mas não exclui nem modifica esta disposição em sua aplicação a esse Estado, não se trata na verdade de uma reserva" (§ 3º).

De acordo com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, "reserva significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado" (art. 2.1.d).

Vejam as considerações do Comitê sobre a possibilidade de os Estados apresentarem reservas ao PIDCP:

"(...) A questão das reservas em relação ao Pacto e ao Primeiro Protocolo Facultativo se rege pelo Direito Internacional. O parágrafo 3º do artigo 19 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados oferece a orientação pertinente. Estipula-se nele que quando o tratado não proíbe uma reserva ou esta se insere dentro das categorias permitidas expressamente, um Estado poderá fazer uma reserva sempre que não seja incompatível com o objeto e fim do tratado. Embora o Pacto, diferentemente de outros tratados de direitos humanos, não faça referência concreta à prova do objeto e fim, esta prova regula a questão da interpretação e aceitabilidade das reservas.

(...) O objeto e o fim do Pacto é o de criar normas juridicamente vinculantes para os direitos humanos ao definir determinados direitos civis e políticos e inseri-los num contexto de obrigações que são juridicamente vinculantes para os Estados que o ratificam; e proporcionar um mecanismo eficaz de supervisão para as obrigações contraídas.

As reservas contrárias às normas peremptórias não seriam compatíveis com o objeto e fim do Pacto. (...) Consequentemente, as disposições do Pacto que são de direito internacional consuetudinário (...) não podem ser objeto de reservas. Assim, um Estado não pode reservar-se o direito de praticar a escravidão, de torturar, de submeter pessoas a tratamento ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes, de privar arbitrariamente as pessoas da vida, de prender arbitrariamente as pessoas, de violar a liberdade de pensamento, consciência e religião, de presumir que uma pessoa é culpável até que demonstre sua inocência (...). E, ainda que as reservas às cláusulas concretas do artigo 14 possam ser aceitáveis, não o seria uma reserva geral ao direito a um julgamento com as devidas garantias" (§ 6º e seguintes).

Ainda sobre reservas incompatíveis com o objeto e fim do PIDCP, o Comitê ressaltou que:

"O Pacto não consiste simplesmente nos direitos que nele são especificados, mas também em importantes garantias de apoio. Essas garantias

constituem o marco necessário para assegurar os direitos previstos no Pacto, pelo que são fundamentais para seu objeto e fim. Algumas delas têm âmbito nacional e outras internacional. Por isso, não são aceitáveis as reservas destinadas a eliminar estas garantias. Deste modo, um Estado não pode formular uma reserva ao parágrafo 3º do artigo 2º do Pacto, indicando que não se propõe a oferecer recursos contra as violações dos direitos humanos. Esta classe de garantias forma parte integrante da estrutura do Pacto e mantém sua eficácia. O Pacto também prevê, para a melhor realização dos objetivos que nele se enunciam, uma função de vigilância por parte do Comitê. As reservas destinadas a excluir este elemento básico da concepção do Pacto, que está destinado também a garantir o desfrute dos direitos, são igualmente incompatíveis com seu objeto e fim. Nenhum Estado pode reservar-se no direito de não apresentar um relatório para que seja examinado pelo Comitê. (...) toda reserva que rechace a competência do Comitê para interpretar qualquer disposição do Pacto seria também contrária ao objeto e fim do tratado" (§ 11).

1.14. Comentário Geral nº 23/1994: Os direitos das minorias

O art. 27 do PIDCP prevê que "Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua".

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho para destacar deste Comentário Geral.

1.15. Comentário Geral nº 22/1993: O direito à liberdade de pensamento, consciência e religião

Vejamos o que prevê o art. 18 do PIDCP:

"1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções".

Sobre o parágrafo 4º do art. 18, o Comitê ressaltou o seguinte:

“(...) o parágrafo 4º do artigo 18 permite que na escola pública se ensine matérias como a história geral das religiões e a ética sempre que isso se faça de forma neutra e objetiva. A liberdade dos pais ou dos tutores legais de garantir que os filhos recebam uma educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções proclamada no parágrafo 4º do artigo 18 está relacionada com a garantia da liberdade de ensinar uma religião e crenças que se extrai do parágrafo 1º do artigo 18. O Comitê destaca que a educação obrigatória que inclua o doutrinamento numa religião ou em algumas crenças particulares é incompatível com o parágrafo 4º do artigo 18, a menos que isenções e possibilidades sejam fornecidas de acordo com a vontade dos pais ou responsáveis” (§ 6º).

1.16. Comentário Geral nº 21/1992: O tratamento humano das pessoas privadas de liberdade (artigo 10)⁴⁴⁶

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

1.17. Comentário Geral nº 20/1992: Proibição da tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 7º)⁴⁴⁷

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

1.18. Comentário Geral nº 19/1990: Proteção da família, o direito ao casamento e igualdade dos cônjuges (artigo 12)

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

1.19. Comentário Geral nº 18/1989: Não discriminação

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

1.20. Comentário Geral nº 17/1989: Direitos da criança

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

1.21. Comentário Geral nº 16/1988: O direito ao respeito pela vida privada, família, domicílio e da correspondência, e proteção da honra e reputação

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

⁴⁴⁶ Este Comentário Geral substitui o Comentário Geral nº 9/1982.

⁴⁴⁷ Este Comentário Geral substitui o Comentário Geral nº 7/1982.

1.22. Comentário Geral nº 15/1986: A situação dos estrangeiros nos termos do Pacto

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

1.23. Comentário Geral nº 14/1984: O direito à vida

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

1.24. Comentário Geral nº 12/1984: O direito à autodeterminação dos povos

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

1.25. Comentário Geral nº 11/1983: Proibição de propaganda de guerra e incitamento ao ódio nacional, racial ou religioso

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

1.26. Comentário Geral nº 6/1982: Direito à vida

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

2. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê DESC) é o órgão responsável pelo monitoramento da implementação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Diferentemente do Comitê de Direitos Humanos, o Comitê DESC não foi criado pelo tratado objeto da sua monitoração – o PIDESC –, mas sim por meio de uma resolução do Conselho Econômico e Social da ONU (Resolução 17/1985). Composto por 18 membros, eleitos para exercerem suas funções a título pessoal – e não como representantes dos Estados –, o Comitê DESC, que inicialmente possuía competência apenas para analisar relatórios periódicos apresentados pelos Estados e sobre eles emitir comentários ou recomendações gerais, passou a contar também, a partir de 2008, em virtude da aprovação do Protocolo Facultativo ao PIDESC, com a competência para receber e analisar petições individuais e interestatais.

O Brasil, embora ratificado e internalizado o PIDESC por meio do decreto de promulgação nº 591/1992, ainda sequer assinou o Protocolo Facultativo ao PIDESC, não se submetendo, portanto, aos mecanismos de proteção das petições individuais e interestatais.

2.1. Comentário Geral nº 24/2017: Obrigações dos Estados em virtude do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no contexto de atividades empresariais

De acordo com o Comitê, o PIDESC estabelece obrigações concretas dos Estados Partes em três níveis no contexto das atividades empresariais potencialmente violadoras de direitos humanos: respeitar, proteger e dar efetividade.

Sobre a obrigação de respeitar, o Comitê ressaltou que ela é violada quando os Estados Partes dão prioridade aos interesses das empresas em detrimento dos direitos protegidos pelo PIDESC sem a devida justificação ou quando aplicam políticas que afetem negativamente esses direitos. Para o Comitê:

“(…) Isso pode ocorrer, por exemplo, quando se determinam despejos forçados no contexto de projetos de investimento. Os valores culturais dos povos indígenas e direitos associados às suas terras ancestrais se veem particularmente ameaçados. Os Estados partes e as empresas devem respeitar o princípio do consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas em relação a todas as questões que possam afetar seus direitos, incluindo as terras, os territórios e os recursos que tradicionalmente possuam, ocupam ou utilizam (...)” (§ 12).

A obrigação de proteger significa, de acordo com o Comitê, que os Estados partes devem prevenir de maneira eficaz toda violação dos DESC no contexto das atividades empresariais, o que demanda dos Estados partes a adoção de medidas legislativas, administrativas, educativas e outras medidas adequadas para assegurar uma proteção eficaz contra as violações dos direitos previstos no PIDESC relacionadas às atividades empresariais. Para o Comitê:

“A obrigação de proteger implica o dever positivo de adotar um marco jurídico que exija que as empresas exerçam a devida diligência em matéria de direitos humanos a fim de identificar, prevenir e mitigar os riscos de violação dos direitos do Pacto, evitar que se violem esses direitos e responder pelas consequências negativas que hajam provocado ou contribuído para provocar (...)” (§ 16).

Sobre a responsabilidade dos Estados a respeito dos efeitos das atividades empresariais nos povos indígenas, o Comitê ressaltou o seguinte:

“Os Estados partes devem velar para que, quando seja apropriado, os efeitos das atividades empresariais nos povos indígenas (em particular, as consequências adversas reais e potenciais sobre os direitos à terra, aos recursos, aos territórios, ao patrimônio cultural, aos conhecimentos tradicionais e à cultura dos povos indígenas) se incorporem de forma específica nas avaliações do impacto nos direitos humanos. Ao exercer a devida diligência em matéria de direitos humanos, as empresas deverão realizar consultas e cooperar de boa-fé com os povos indígenas interessados por meio das instituições representativas dos povos indígenas a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de iniciar as atividades. Essas consultas devem permitir a identificação dos possíveis efeitos negativos das atividades e das medidas a fim de mitigá-los e combatê-los” (§ 17).

Ainda no que diz respeito à obrigação de proteger, o Comitê fez as seguintes considerações sobre a privatização de serviços antes oferecidos diretamente pelo Estado:

“O papel e o efeito cada vez maiores dos agentes privados em setores tradicionalmente públicos, como a saúde ou educação, geram novos desafios aos Estados partes no que diz respeito ao cumprimento de suas obrigações em virtude do Pacto. A privatização não está, por si só, proibida pelo Pacto, nem sequer em esferas como o fornecimento de água ou de eletricidade, a educação ou a atenção à saúde nas quais o papel do setor público tem sido tradicionalmente proeminente. Não obstante, os provedores privados devem ser objeto de normativas mais estritas que lhes imponham as denominadas ‘obrigações dos serviços públicos’: no caso de fornecimento de água ou de eletricidade, estas podem incluir requisitos relacionados com a universalidade da cobertura e a continuidade dos serviços, as políticas de fixação de preços, o nível de qualidade e a participação dos usuários. De forma análoga, os provedores de atenção à saúde privados devem ser proibidos de negar acesso aos serviços, tratamentos ou informação acessíveis e adequados. Por exemplo, quando os profissionais da atenção à saúde podem invocar a objeção de consciência para se negar a prestar determinados serviços de saúde sexual e reprodutiva, como o aborto, eles devem encaminhar as mulheres ou meninas que exigem esses serviços para outro profissional, dentro de um raio geográfico razoável, que esteja disposto a prestar esses serviços.

O Comitê está especialmente preocupado com o fato de que os bens e serviços necessários para o desfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais básicos sejam menos acessíveis se eles são encarregados ao setor privado ou que sua qualidade seja sacrificada em prol de maiores lucros. A prestação de bens e serviços essenciais por agentes privados para o desfrute dos direitos previstos no Pacto não deve estar condicionada à capacidade de pagar, o que criaria novas formas de segregação econômica. A privatização da educação realça esse risco nos casos em que as instituições educativas privadas convertem o ensino de alta qualidade num privilégio somente acessível aos setores mais ricos da sociedade, ou quando essas instituições não estão suficientemente reguladas, oferecendo um modelo educativo que não alcança os níveis mínimos de docência e servindo ao mesmo tempo de desculpa dos Estados para não cumprir as obrigações que lhes incumbem a fim de dar efetividade ao direito à educação. A privatização tampouco deve dar lugar à exclusão de determinados grupos historicamente marginalizados, como as pessoas com deficiência. (...)” (§§ 21 e 22).

E sobre a obrigação de dar efetividade, o Comitê ressaltou que os Estados Partes devem adotar as medidas necessárias, até o máximo de seus recursos disponíveis, para facilitar e promover o desfrute dos direitos do Pacto e, em alguns casos, proporcionar diretamente os bens e serviços essenciais para esse desfrute. Para o Comitê, “O cumprimento destas obrigações pode exigir a mobilização de recursos pelo Estado, entre outras coisas, mediante a aplicação de sistemas de tributação progressiva. Pode requerer a cooperação e o apoio das empresas para aplicar os direitos reconhecidos no Pacto e observar outras normas e princípios de direitos humanos” (§ 23).

Finalmente, o Comitê fez menção aos planos de ação sobre empresas e direitos humanos:

“A partir da aprovação dos Princípios Reitores sobre as Empresas e os Direitos Humanos, muitos Estados e organizações regionais adotaram planos de ação sobre as empresas e os direitos humanos. Trata-se de um avanço positivo, em particular quando esses planos de ação estabelecem metas específicas e concretas, repartem as responsabilidades entre os agentes e definem os prazos e os meios necessários para sua consecução. Os planos de ação sobre as empresas e os direitos humanos devem incorporar os princípios de direitos humanos, incluída a participação efetiva e significativa, a não discriminação e a igualdade de gênero, e a prestação de contas e transparência. Os progressos na aplicação desses planos de ação devem ser acompanhados e os planos devem conceder a mesma importância a todas as categorias de direitos humanos, incluídos os direitos econômicos, sociais e culturais” (§ 59).

2.2. Comentário Geral nº 23/2016: Direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias (artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)

Vejamos o que prevê o art. 7º do PIDESC:

“Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

- a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:
 - i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;
 - ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;
- b) À segurança e a higiene no trabalho;
- c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;
- d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos”.

Sobre o conceito de trabalho equitativo, o Comitê fez as seguintes considerações:

“Todos os trabalhadores têm direito a um salário equitativo. A noção de salário equitativo não é estática, pois depende de uma série de critérios objetivos não exaustivos que reflitam não somente o resultado do trabalho, mas também as responsabilidades do trabalhador, o nível de qualificação e de educação necessário para desempenhar o trabalho, as consequências que o trabalho têm na saúde e na segurança do trabalhador, as dificuldades

específicas relacionadas com o trabalho e a repercussão na vida pessoal e familiar do trabalhador. Na avaliação da equidade também se deve ter em conta a situação das mulheres trabalhadoras, particularmente nos casos em que seu trabalho e seu salário são tradicionalmente desvalorizados. Quando os trabalhadores têm contratos precários pode ser necessário incluir complementos salariais e outras medidas de proteção contra a arbitrariedade por uma questão de equidade para mitigar a falta de segurança no emprego. Os trabalhadores não devem ter que devolver parte de seu salário pelo trabalho já realizado e devem receber todos os salários e prestações que lhes seja devido legalmente ao término do contrato ou no caso de quebra ou liquidação judicial de bens do empregador. É proibido que os empregadores restrinjam a liberdade dos trabalhadores de dispor de sua remuneração. Os presos que aceitem trabalhar devem receber um salário equitativo. A grande maioria dos trabalhadores considera que o salário equitativo é superior ao salário mínimo. Os salários devem ser pagos em sua totalidade, com periodicidade regular e sem atraso" (§ 10).

2.3. Comentário Geral nº 22/2016: Direito à saúde sexual e reprodutiva (artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)

Vejamos o que prevê o art. 12 do PIDESC:

- “1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
 - a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;
 - b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
 - c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
 - d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade”.

Para o Comitê:

“O direito à saúde sexual e reprodutiva implica um conjunto de liberdades e direitos. Entre as liberdades figura o direito a adotar decisões e fazer escolhas livres e responsáveis, sem violência, coação nem discriminação, com respeito aos assuntos relativos ao próprio corpo e à própria saúde sexual e reprodutiva. Entre os direitos cabe mencionar o acesso sem obstáculos a toda uma série de estabelecimentos, bens, serviços e informação relativos à saúde, que assegure a todas as pessoas o pleno desfrute do direito à saúde sexual e reprodutiva em virtude do artigo 12 do Pacto.

A saúde sexual e a saúde reprodutiva são distintas, ainda que estejam es-

treitamento relacionadas. A saúde sexual, segundo a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), é ‘um estado de bem-estar físico, emocional, mental e social em relação à sexualidade’. A saúde reprodutiva, tal como descreve o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento, refere-se à capacidade de se reproduzir e à liberdade de adotar decisões informadas, livres e responsáveis. Também inclui o acesso à uma série de informação, bens, estabelecimentos e serviços de saúde reprodutiva que permitam as pessoas adotarem decisões informadas, livres e responsáveis sobre seu comportamento reprodutivo” (§§ 5 e 6).

Numa passagem importante deste Comentário Geral, o Comitê se referiu à discriminação sexual, advertindo para o fato de que:

“(…) as normas que dispõem que as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais sejam tratadas como doentes mentais ou psiquiátricos, ou sejam ‘curadas’ mediante um ‘tratamento’, constituem uma clara violação do seu direito à saúde sexual e reprodutiva. Os Estados partes também têm a obrigação de combater a homofobia e a transfobia, que conduzem à discriminação, incluída a violação do direito à saúde sexual e reprodutiva” (§ 23).

Assim, pode-se dizer que o Comitê DESC – acertadamente, a nosso ver – repudia os denominados procedimentos médicos de “cura gay”. No Brasil, a Resolução nº 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia estabelece o seguinte:

“Art. 1º. Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão, notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade.

Art. 2º. Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3º. Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

Parágrafo único. Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º. Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica”.

Importante noticiar que, em 15.12.2017, o juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal julgou parcialmente procedente uma ação popular para:

“(...) d) acolher, em atenção ao disposto nos arts. 5º, incisos IX, XIII e LXXIII, c/c art. 216, III, da Constituição Republicana de 1988, o pedido inicial tão somente para determinar ao CFP que se abstenha de interpretar a Resolução n. 001/1999 de modo a impedir os psicólogos, sempre e somente se forem a tanto solicitados, no exercício da profissão, de promoverem os debates acadêmicos, estudos (pesquisas) e atendimentos psicoterapêuticos que se fizerem necessários à plena investigação científica dos transtornos psicológicos e comportamentais associados à orientação sexual, previstos no CID – 10 F66.1.

e) determinar que referida atividade psicoterapêutica seja reservada ao recinto estrito dos consultórios, sem qualquer propaganda ou divulgação de supostos tratamentos, com intuítos publicitários, respeitando sempre a dignidade daqueles assistidos”.

Esta decisão, embora sem suspender a Resolução nº 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia, acabava por permitir os procedimentos médicos de “cura gay”, exigindo para tanto apenas que os psicólogos assim clinicassem quando solicitados, e não, portanto, mediante propaganda ou captação de clientela neste sentido. Felizmente, em medida processual apresentada pelo Conselho Federal de Psicologia, a referida decisão judicial foi liminarmente suspensa pela ministra Cármen Lúcia, do STF, na Rcl 31.818.

Voltando ao conteúdo do Comentário Geral nº 22, o Comitê também enfrentou a polêmica do aborto no contexto da saúde sexual e reprodutiva da mulher, emitindo o seu entendimento favorável ao aborto sem risco para a gestante:

“A realização dos direitos da mulher e à igualdade de gênero, tanto na legislação como na prática, requer a revogação ou a modificação das leis, políticas e práticas discriminatórias na esfera da saúde sexual e reprodutiva. É necessário eliminar todos os obstáculos ao acesso das mulheres a serviços, bens, educação e informação integrais em matéria de saúde sexual e reprodutiva. A fim de reduzir as taxas de mortalidade e morbidade maternas é necessário atenção obstétrica de urgência e assistência qualificada nos partos, particularmente nas zonas rurais e remotas, e medidas de prevenção dos abortos em condições de risco. A prevenção da gravidez indesejada e os abortos em condições de risco requerem que os Estados adotem medidas legais e de políticas para garantir a todas as pessoas o acesso a anticoncepcionais seguros e eficazes e a uma educação integral sobre a sexualidade, em particular para os adolescentes; liberem as leis restritivas do aborto; garantam o acesso das mulheres e meninas a serviços de aborto sem risco e assistência de qualidade posterior aos casos de aborto, especialmente capacitando os provedores de serviços de saúde; e respeitem o direito das mulheres a adotar decisões autônomas sobre sua saúde sexual e reprodutiva” (§ 28).

Assim, a legislação brasileira, ao admitir o aborto em ocasiões muito restritivas, está em desacordo com o entendimento do Comitê DESC.

2.4. Comentário Geral nº 21/2010: Direito de toda pessoa de participar na vida cultural (artigo 15.1.a do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)

O PIDESC prevê em seu art. 15.1.a o direito de participar da vida cultural. Conforme o entendimento do Comitê, “Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos e, tal como os demais, são universais, indivisíveis e interdependentes. Sua promoção e respeito cabais são essenciais para manter a dignidade humana e para a interação social positiva de indivíduos e comunidades num mundo caracterizado pela diversidade e pela pluralidade cultural” (§ 1º).

Sobre o conceito de cultura, o Comitê fez as seguintes considerações:

“(...) a cultura é um conceito amplo e inclusivo que compreende todas as expressões da existência humana. A expressão ‘vida cultural’ faz referência explícita ao caráter da cultura como um processo vital, histórico, dinâmico e evolutivo, que tem um passado, um presente e um futuro.

O conceito de cultura não deve ser entendido como uma série de expressões isoladas ou compartimentadas de forma estanque, mas sim como um processo interativo através do qual os indivíduos e as comunidades, mantendo suas peculiaridades e seus fins, dão expressão à cultura da humanidade. O conceito leva em conta a individualidade e a alteridade da cultura como criação e produto social.

O Comitê considera que a cultura, para os fins da aplicação do parágrafo 1º a) do artigo 15, compreende, entre outras coisas, as formas de vida, a linguagem, a literatura escrita e oral, a música e as canções, a comunicação não verbal, os sistemas de religião e de crenças, os ritos e as cerimônias, os esportes e as brincadeiras, os métodos de produção ou a tecnologia, o entorno natural e o produzido pelo ser humano, a comida, o vestuário e a habitação, assim como as artes, os costumes e as tradições, pelos quais os indivíduos, grupos e comunidades expressam sua humanidade e o sentido que dão à sua existência, e configuram uma visão de mundo que representa seu encontro com as forças externas que afetam as suas vidas. A cultura reflete e configura os valores do bem-estar e da vida econômica, social e política dos indivíduos, grupos e comunidades” (§§ 11, 12 e 13).

O Comitê também esclareceu que “(...) ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional nem para limitar seu alcance” (§ 18). E prossegue o Comitê advertindo que:

“Em algumas circunstâncias pode ser necessário impor limitações ao direito de toda pessoa de participar na vida cultural, especialmente no caso de práticas negativas, inclusive as atribuídas ao costume e à tradição, que atentem contra outros direitos humanos. Essas limitações devem buscar um fim legítimo, serem compatíveis com a natureza desse direito e serem estritamente necessárias para a promoção do bem-estar geral de uma sociedade democrática, em conformidade com o artigo 4º do Pacto. Consequentemente, as limitações devem ser proporcionais, o que significa que se deve adotar a medida menos restritiva quando haja vários tipos de limitações que possam ser impostas” (§ 19).

2.5. Comentário Geral nº 20/2009: A não discriminação e os direitos econômicos, sociais

e culturais (artigo 2º, parágrafo 2º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)

De acordo com o art. 2.2 do PIDESC, “Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”. Para o Comitê, a expressão “ou qualquer outra situação” abrange a orientação sexual (§ 32).

2.6. Comentário Geral nº 19/2008: O direito à seguridade social (artigo 9º)

De acordo com o art. 9º do PIDESC, “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social”. Para o Comitê, “O direito à seguridade social é de importância fundamental para garantir a todas as pessoas sua dignidade humana quando fazem frente a circunstâncias que lhes privam de sua capacidade para exercer plenamente os direitos reconhecidos no Pacto” (§ 1º). O Comitê também ressaltou que “A seguridade social, devido ao seu caráter redistributivo, desempenha um papel importante para reduzir e mitigar a pobreza, prevenir a exclusão social e promover a inclusão social” (§ 3º).

Sobre o *corpus iuris* internacional a respeito do direito à seguridade social, o Comitê fez as seguintes considerações:

“O direito à seguridade social tem sido reafirmado categoricamente no direito internacional. As considerações de direitos humanos da seguridade social aparecem claramente na Declaração da Filadélfia de 1944 (...). A seguridade social foi reconhecida como um direito humano na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (...). Este direito foi posteriormente reconhecido em diversos tratados internacionais de direitos humanos e tratados regionais de direitos humanos. Em 2001, a Conferência Internacional do Trabalho, composta de representantes dos Estados, empregadores e trabalhadores, afirmou que a seguridade social é um direito humano fundamental e um instrumento essencial para criar coesão social” (§ 6º).

Para o Comitê, “O direito à seguridade social inclui o direito de não ser submetido a restrições arbitrárias ou pouco razoáveis da cobertura social existente, no setor público ou privado, assim como o direito à igualdade no desfrute de uma proteção suficiente contra os riscos e imprevistos sociais” (§ 9º).

Sobre medidas regressivas no âmbito da seguridade social, o Comitê fez a seguinte advertência:

“Existe uma forte presunção de que a adoção de medidas regressivas a respeito da seguridade social esteja proibida pelo Pacto. Se são adotadas medidas deliberadamente regressivas, corresponde ao Estado Parte o ônus da prova de que estas medidas foram adotadas após um exame minucioso de todas as alternativas possíveis e de que estão devidamente justificadas tendo em vista todos os direitos previstos no Pacto, no contexto do pleno aproveitamento do máximo dos recursos de que dispõe o Estado Parte.

O Comitê analisa detidamente: a) se houve uma justificação razoável das medidas; b) se foram estudadas exaustivamente as possíveis alternativas; c) se houve uma verdadeira participação dos grupos afetados no exame das medidas e das alternativas propostas; d) se as medidas eram direta ou indiretamente discriminatórias; e) se as medidas terão uma repercussão sustentada no exercício do direito à seguridade social ou um efeito injustificado nos direitos adquiridos em matéria de seguridade social ou se privam alguém ou um grupo do acesso ao nível mínimo indispensável de seguridade social; e f) se foi realizado um exame independente das medidas a nível nacional" (§ 42).

Este Comentário Geral nº 19 do Comitê DESC assume uma importância singular no contexto brasileiro, em que atualmente se discute uma reforma da previdência que contempla medidas regressivas.

2.7. Comentário Geral nº 18/2015: O direito ao trabalho

Vejamos o que prevê o art. 6º do PIDESC:

"1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

2. As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais".

De acordo com o Comitê:

"O direito ao trabalho é um direito fundamental, reconhecido em diversos instrumentos de direito internacional. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, através do seu artigo 6º, trata este direito mais extensamente que qualquer outro instrumento. O direito ao trabalho é essencial para a realização de outros direitos humanos e constitui uma parte inseparável e inerente à dignidade humana. Toda pessoa tem o direito de trabalhar para poder viver com dignidade. O direito ao trabalho serve, ao mesmo tempo, à sobrevivência do indivíduo e de sua família e contribui também, desde que o trabalho seja livremente escolhido ou aceitado, para a sua plena realização e para o seu reconhecimento no seio da comunidade" (§ 1º).

2.8. Comentário Geral nº 17/2005: Direito de toda pessoa a se beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais que lhe correspondam por razão das produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autor

De acordo com o art. 15.1.c do PIDESC, os Estados Partes reconhecem o direito de “beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor”. Para o Comitê, este direito tem por finalidade fomentar a contribuição ativa dos criadores às artes, às ciências e ao progresso da sociedade em seu conjunto (§ 4º).

2.9. Comentário Geral nº 16/2005: A igualdade de direitos do homem e da mulher no desfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 3º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)

Para o Comitê, não deve existir disparidade de idade no que diz respeito à fixação de idade para aposentadoria:

“O artigo 9º do Pacto obriga os Estados Partes a reconhecerem o direito de toda pessoa à proteção social e, em particular, à seguridade social e à igualdade de acesso aos serviços sociais. O artigo 3º, interpretado em conformidade com o artigo 9º, obriga a igualar a idade obrigatória para se aposentar para homens e mulheres, a velar para que as mulheres recebam a mesma prestação dos sistemas públicos e privados de pensões e a garantir individualmente o direito à licença paternidade ou maternidade e a licença compartilhada por ambos” (§ 26).

Assim, a legislação brasileira, ao prever idade mínima menor para a mulher se aposentar – quando comparada com a idade mínima fixada para o homem – (CF, artigos 40, § 1º, III, b, e 201, § 7º, I e II) pode ser considerada inconvencional.

2.8. Comentário Geral nº 15/2002: O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)

Para o Comitê, “A água é um recurso natural limitado e um bem público fundamental para a vida e a saúde. O direito humano à água é indispensável para viver dignamente e é condição prévia para a realização de outros direitos humanos” (§ 1º). O Comitê entende que o exercício do direito à água deve obedecer aos seguintes fatores:

“a) *A disponibilidade.* O abastecimento de água de cada pessoa deve ser contínuo e suficiente para os usos pessoal e doméstico. Esses usos compreendem normalmente o consumo, o saneamento, a preparação de alimentos e a higiene pessoal e doméstica. A quantidade de água disponível para cada pessoa deve corresponder às diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS). Também é possível que alguns indivíduos e grupos necessitem recursos de águas adicionais em razão da saúde, do clima e das condições de trabalho.

b) *A qualidade.* A água é necessária para cada uso pessoal ou doméstico deve ser saudável e, portanto, não deve conter microrganismos ou substâncias químicas ou radioativas que possam constituir uma ameaça para a saúde das pessoas. Além disso, a água deve ter uma cor, um odor e um sabor aceitáveis para cada uso pessoal ou doméstico.

c) *A acessibilidade*. A água e as instalações e serviços de água devem ser acessíveis a todos, sem nenhuma discriminação, dentro da jurisdição do Estado Parte. A acessibilidade apresenta quatro dimensões sobrepostas:

i) *Acessibilidade física*. A água e as instalações e serviços de água devem estar ao alcance físico de todos os setores da população. (...)

ii) *Acessibilidade econômica*. A água e os serviços e instalações de água devem estar ao alcance de todos. Os custos e ônus diretos e indiretos associados ao abastecimento de água devem ser acessíveis e não devem comprometer nem colocar em perigo o exercício de outros direitos reconhecidos no Pacto.

iii) *Não discriminação*. A água e os serviços e instalações de água devem ser acessíveis a todos de fato e de direito, inclusive aos setores mais vulneráveis e marginalizados da população, sem discriminação alguma por qualquer dos motivos proibidos.

iv) *Acesso à informação*. A acessibilidade compreende o direito de solicitar, receber e difundir informação sobre as questões da água" (§ 12).

2.9. Comentário Geral nº 14/2000: O direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)

Vejamos o que prevê o art. 12 do PIDESC:

"1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento e das crianças;

b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade".

Para o Comitê:

"O direito à saúde está estreitamente vinculado ao exercício de outros direitos humanos e depende destes direitos, previstos na Carta Internacional de Direitos, em particular o direito à alimentação, à moradia, ao trabalho, à educação, à dignidade humana, à vida privada, ao acesso à informação e à liberdade de associação, reunião e circulação. Estes e outros direitos e liberdades abrangem os componentes integrais do direito à saúde" (§ 3º).

Na sequência, o Comitê esclareceu o conceito de "mais alto nível possível de saúde", referido no art. 12.1 do PIDESC:

“O conceito de ‘mais alto nível possível de saúde’ (...) leva em conta tanto as condições biológicas e socioeconômicas essenciais da pessoa como os recursos oferecidos pelo Estado. Existem vários aspectos que não podem ser abordados unicamente desde o ponto de vista da relação entre o Estado e os indivíduos; em particular, um Estado não pode garantir a boa saúde nem pode oferecer proteção contra todas as causas possíveis da má saúde do ser humano. Assim, os fatores genéticos, a propensão individual à uma afetação e a adoção de estilos de vida pouco saudáveis ou arriscados muitas vezes desempenham um papel importante na saúde da pessoa. Portanto, o direito à saúde deve ser entendido como um direito ao desfrute de toda uma série de facilidades, bens, serviços e condições necessárias para alcançar o mais alto nível possível de saúde” (§ 9º).

Para o Comitê, o direito à saúde abrange os seguintes elementos essenciais e interrelacionados:

“a) *Disponibilidade*. Cada Estado Parte deverá contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde e centros de atenção da saúde, assim como de programas. A natureza dos estabelecimentos, bens e serviços dependerá de diversos fatores, particularmente do nível de desenvolvimento do Estado Parte. (...) ”

b) *Acessibilidade*. Os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser acessíveis a todos, sem nenhuma discriminação, dentro da jurisdição do Estado Parte. A acessibilidade apresenta quatro dimensões sobrepostas:

- i) Não discriminação (...)
- ii) Acessibilidade física (...)
- iii) Acessibilidade econômica (...)
- iv) Acesso à informação (...)

c) *Aceitabilidade*. Todos os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser respeitosos da ética médica e culturalmente apropriados, isto é, devem respeitar a cultura das pessoas, as minorias, os povos e as comunidades (...).

d) *Qualidade*. Além de aceitáveis desde o ponto de vista cultural, os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser também apropriados desde o ponto de vista científico e médico e serem de boa qualidade. Isso requer, entre outras coisas, pessoal médico capacitado, medicamentos e equipe hospitalar cientificamente aprovados e em bom estado, água limpa potável e condições sanitárias adequadas” (§ 12).

2.10. Comentário Geral nº 13/1999: O direito à educação (artigo 13 do Pacto)

Vejam os que prevê o art. 13 do PIDESC:

“1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a

participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;

b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;

c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;

d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;

e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteje de acordo com suas próprias convicções.

2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado”.

Para o Comitê:

“A educação é um direito humano intrínseco e um meio indispensável de realizar outros direitos humanos. Como direito do âmbito da autonomia da pessoa, a educação é o principal meio que permite a adultos e menores marginalizados econômica e socialmente sair da pobreza e participar plenamente em suas comunidades. A educação desempenha um papel decisivo na emancipação da mulher, na proteção das crianças contra a exploração laboral, o trabalho perigoso e a exploração sexual, além de promover os direitos humanos, a proteção do meio ambiente e o controle do crescimento demográfico. Está cada vez mais aceita a ideia de que a educação é um dos melhores investimentos financeiros que os Estados podem fazer, mas a sua importância não é unicamente prática, pois dispor de uma mente ins-

truída, inteligente e ativa, com liberdade e amplitude de pensamento, é um dos prazeres e recompensas da existência humana" (§ 1º).

O Comitê considera que a educação em todas as suas formas e em todos os seus níveis deve ter as quatro características interrelacionadas seguintes:

"a) *Disponibilidade*. Deve haver instituições e programas de ensino em quantidade suficiente no âmbito do Estado Parte. (...)

b) *Acessibilidade*. As instituições e os programas de ensino devem ser acessíveis a todos, sem discriminação, no âmbito do Estado Parte. A acessibilidade se dá a partir de três dimensões:

i) Não discriminação (...)

ii) *Acessibilidade material*: A educação deve estar acessível materialmente, seja por sua localização geográfica de acesso razoável (por exemplo, uma escola de bairro) ou por meio da tecnologia moderna (mediante o acesso a programas de educação à distância).

iii) *Acessibilidade econômica* (...)

c) *Aceitabilidade*. A forma e o conteúdo da educação, compreendidos os programas de estudo e os métodos pedagógicos, devem ser aceitáveis (por exemplo, pertinentes, adequados culturalmente e de boa qualidade) para os estudantes e, quando apropriado, aos pais (...).

d) *Adaptabilidade*. A educação deve ter a flexibilidade necessária para se adaptar às necessidades de sociedades e comunidades em transformação e responder às necessidades dos alunos em contextos culturais e sociais variados" (§ 6º).

Mais a frente, o Comitê fez uma consideração importante sobre liberdade acadêmica e autonomia das instituições de ensino:

"Os membros da comunidade acadêmica são livres, individual ou coletivamente, para buscar, desenvolver e transmitir o conhecimento e as ideias mediante a investigação, a docência, o estudo, o debate, a documentação, a produção, a criação ou os escritos. A liberdade acadêmica compreende a liberdade do indivíduo de expressar livremente suas opiniões sobre a instituição ou o sistema em que trabalha para desempenhar suas funções sem discriminação nem medo da repressão do Estado ou de qualquer outra instituição, e também a liberdade de participar em organismos acadêmicos profissionais ou representativos e de desfrutar de todos os direitos humanos reconhecidos internacionalmente que se apliquem aos demais habitantes do mesmo território. O desfrute da liberdade acadêmica traz consigo obrigações, como o dever de respeitar a liberdade acadêmica dos demais, velar pela discussão equânime das opiniões contrárias e tratar todos sem discriminação por nenhum dos motivos proibidos.

Para o desfrute da liberdade acadêmica é imprescindível a autonomia das instituições de ensino superior. A autonomia é o grau de autogoverno necessário para que sejam eficazes as decisões adotadas pelas instituições de

ensino superior com respeito ao seu trabalho acadêmico, normas, gestão e atividades conexas. Contudo, o autogoverno deve ser compatível com os sistemas de fiscalização pública, especialmente no que diz respeito ao financiamento estatal. Em razão dos consideráveis investimentos públicos destinados ao ensino superior, é preciso chegar a um equilíbrio correto entre a autonomia institucional e a obrigação de prestar contas. Embora não haja um modelo único, as disposições institucionais devem ser razoáveis, justas e equitativas e, na medida do possível, transparentes e participativas” (§§ 39 e 40).

Sobre a liberdade acadêmica dos professores, consideramos oportuno registrar que discute-se nas ADIs 5.537 e 5.580, ambas ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CONTEE e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE, a constitucionalidade de lei do Estado de Alagoas que estabeleceu, no sistema educacional de âmbito estadual, o programa *Escola Livre*. Estas ADIs ainda estão pendente de julgamento. No entanto, o min. Roberto Barroso, relator, deferiu a medida liminar em 21.03.2017 para suspender integralmente a lei estadual questionada. Antes de reproduzir alguns trechos da decisão, vejamos o teor da Lei 7.800, de 05.05.2016, do Estado do Alagoas:

“Art. 1º. Fica criado, no âmbito do sistema estadual de ensino, o Programa ‘Escola Livre’, atendendo os seguintes princípios:

I – neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado;

II – pluralismo de ideias no âmbito acadêmico;

III – liberdade de aprender, como projeção específica, no campo da educação, da liberdade de consciência;

IV – liberdade de crença;

V – reconhecimento da vulnerabilidade do educando como parte mais fraca na relação de aprendizado;

VI – educação e informação do estudante quanto aos direitos compreendidos em sua liberdade de consciência e de crença;

VII – direito dos pais a que seus filhos menores recebam a educação moral livre de doutrinação política, religiosa ou ideológica.

Art. 2º. São vedadas, em sala de aula, no âmbito do ensino regular no Estado de Alagoas, a prática de doutrinação política e ideológica, bem como quaisquer outras condutas por parte do corpo docente ou da administração escolar que imponham ou induzam aos alunos opiniões político-partidárias, religiosas ou filosóficas.

(...)

Art. 3º. No exercício de suas funções, o professor:

I – não abusará da inexperiência, da falta de conhecimento ou da imaturidade dos alunos, com o objetivo de cooptá-los para qualquer tipo de corrente específica de religião, ideologia ou político-partidária;

II – não favorecerá nem prejudicará os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou da falta delas;

III – não fará propaganda religiosa, ideológica ou político-partidária em sala de aula nem incitará seus alunos a participar de manifestações, atos públicos ou passeatas;

IV – ao tratar de questões políticas, socioculturais e econômicas, apresentará aos alunos, de forma justa, com a mesma profundidade e seriedade, as principais versões, teorias, opiniões e perspectivas das várias concorrentes a respeito, concordando ou não com elas;

V – salvo nas escolas confessionais, deverá abster-se de introduzir, em disciplina ou atividade obrigatória, conteúdos que possam estar em conflito com os princípios desta lei.

(...)”.

Alguns trechos da decisão do min. Roberto Barroso nas ADIs mencionadas:

“22. Ora, a Lei 9.394/1996 (‘Lei de Diretrizes e Bases de Educação’) – norma geral em matéria de educação – previu que a educação deve se inspirar ‘nos princípios da liberdade’ e ter por finalidade ‘o pleno desenvolvimento do educando’ e ‘seu preparo para o exercício da cidadania’. Determinou, ainda, que o ensino deve ser ministrado com respeito à ‘liberdade de aprender e ensinar’, ao ‘pluralismo de ideias e concepções pedagógicas’ e com ‘apreço à tolerância’ (...).

23. A Lei 7.800/2016 do Estado de Alagoas, muito embora tenha reproduzido parte de tais preceitos, determinou que as escolas e seus professores atendessem ao ‘princípio da neutralidade política e ideológica’. A ideia de neutralidade política e ideológica da lei estadual é antagônica à de proteção ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e à promoção da tolerância, tal como previstas na Lei de Diretrizes e Bases.

24. A imposição da neutralidade – se fosse verdadeiramente possível – impediria a afirmação de diferentes ideias e concepções políticas ou ideológicas sobre um mesmo fenômeno em sala de aula. A exigência de neutralidade política e ideológica implica, ademais, a não tolerância de diferentes visões de mundo, ideologias e perspectivas políticas em sala. (...)

33. A Constituição assegura, portanto, uma educação emancipadora, que habilite a pessoa para os mais diversos âmbitos da vida, como ser humano, como cidadão, como profissional. Com tal propósito, define as diretrizes que devem ser observadas pelo ensino, a fim de que tal objetivo seja alcançado, dentre elas a já mencionada (i) liberdade de aprender e de ensinar; (ii) o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; (iii) a valorização dos profissionais da educação escolar. (...)

34. No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo de São Salvador à Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhecem que a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, à capacitação para a vida em sociedade e à tolerância e, portanto, fortalecer o pluralismo ideológico e as liberdades fundamentais. (...)

37. Há uma evidente relação de causa e efeito entre o que pode dizer um professor em sala de aula, a exposição dos alunos aos mais diversos conteúdos e

a aptidão da educação para promover o seu pleno desenvolvimento e a tolerância à diferença. Quanto maior é o contato do aluno com visões de mundo diferentes, mais amplo tende a ser o universo de ideias a partir do qual pode desenvolver uma visão crítica, e mais confortável tende a ser o trânsito em ambientes diferentes dos seus. É por isso que o pluralismo ideológico e a promoção dos valores da liberdade são assegurados na Constituição e em todas as normas internacionais antes mencionadas, sem que haja menção, em qualquer uma delas, à neutralidade como princípio diretivo.

38. A própria concepção de neutralidade é altamente questionável, tanto do ponto de vista da teoria do comportamento humano, quando do ponto de vista da educação. Nenhum ser humano e, portanto, nenhum professor é uma ‘folha em branco’. Cada professor é produto de suas experiências de vida, das pessoas com quem interagiu, das ideias com as quais teve contato. Em virtude disso, alguns professores têm mais afinidades com certas questões morais, filosóficas, históricas e econômicas; ao passo que outros se identificam com teorias diversas. Se todos somos – em ampla medida, como reconhecido pela psicologia – produto das nossas vivências pessoais, quem poderá proclamar sua visão de mundo plenamente neutra? A própria concepção que inspira a ideia da ‘Escola Livre’ – contemplada na Lei 7.800/2016 – parte de preferências políticas e ideológicas. (...)

50. A norma impugnada vale-se, contudo, de termos vagos e genéricos como direito à ‘educação moral livre de doutrinação política, religiosa e ideológica’ (art. 1º, VII), vedação a ‘condutas que imponham ou induzam nos alunos opiniões político-partidárias, religiosas ou filosóficas’ (art. 2º), proibição a que o professor promova ‘propaganda religiosa, ideológica ou político-partidária’ ou incite ‘seus alunos a participar de manifestações, atos públicos ou passeatas’ (art. 3º, III).

51. Mas o que é doutrinação? O que configura a imposição de uma opinião? Qual é a conduta que caracteriza propaganda religiosa ou filosófica? Qual é o comportamento que configura incitação à participação em manifestações? Quais são os critérios éticos aplicáveis a cada disciplina, quais são os conteúdos mínimos de cada qual, e em que circunstâncias o professor os terá ultrapassado?

52. A lei não estabelece critérios mínimos para a delimitação de tais conceitos, e nem poderia, pois o Estado não dispõe de competência para legislar sobre a matéria. Trata-se, a toda evidência, de questão objeto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, matéria da competência privativa da União, como já observado. (...)

54. A norma é, assim, evidentemente inadequada para alcançar a suposta finalidade a que se destina: a promoção de educação sem ‘doutrinação’ de qualquer ordem. É tão vaga e genérica que pode se prestar à finalidade inversa: a imposição ideológica e a perseguição dos que dela divergem. Portanto, a lei impugnada limita direitos e valores protegidos constitucionalmente sem necessariamente promover outros direitos de igual hierarquia. Trata-se, assim, de norma que viola o princípio constitucional da proporcionalidade (art. 5º, LIV e art. 1º), na vertente adequação, por não constituir instrumento apto à obtenção do m que alega perseguir”.

2.11. Comentário Geral nº 12/1999: O direito a uma alimentação adequada (artigo 11)

Vejamos o que prevê o art. 11 do PIDESC:

“1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios”.

O Comitê ressalta que:

“(…) o direito a uma alimentação adequada está inseparavelmente vinculado à dignidade da pessoa humana e é indispensável para o desfrute de outros direitos humanos consagrados na Carta Internacional de Direitos Humanos. É também inseparável da justiça social, pois requer a adoção de políticas econômicas, ambientais e sociais adequadas, nos planos nacional e internacional, orientadas à erradicação da pobreza e ao desfrute de todos os direitos humanos por todos” (§ 4º).

Sobre o conceito de *adequada*, o Comitê fez as seguintes considerações:

“O conceito de *adequação* é particularmente importante em relação ao direito à alimentação, pois serve para destacar uma série de fatores que devem ser levados em conta para determinar se determinadas formas de alimento ou regimes de alimentação às quais se têm acesso podem ser consideradas as mais adequadas nos termos do artigo 11 do Pacto. O conceito de *sustentabilidade* está intimamente vinculado ao conceito de alimentação adequada ou de *segurança alimentar*, que abrange a possibilidade de acesso aos alimentos por parte das gerações presentes e futuras. O significado preciso de ‘adequação’ vem determinado em boa medida pelas condições sociais, econômicas, culturais, climáticas, ecológicas e de outro tipo imperantes no momento, enquanto que o de ‘sustentabilidade’ abrange o conceito de disponibilidade e acessibilidade a longo prazo” (§ 7º).

O Comitê ainda ressaltou que o conceito básico do direito à alimentação adequada compreende o seguinte:

- a disponibilidade dos alimentos em quantidade e qualidade suficientes para satisfazer as necessidades alimentares dos indivíduos, sem substâncias nocivas, e aceitáveis para uma cultura determinada;
- a acessibilidade desses alimentos em formas que sejam sustentáveis e que não dificultem o gozo de outros direitos humanos" (§ 8º).

O Comitê também esclareceu que a acessibilidade compreende a acessibilidade econômica e física:

"A acessibilidade econômica implica que os custos financeiros pessoais ou familiares associados à aquisição dos alimentos necessários para um regime de alimentação adequada devem estar a um nível tal que não se vejam ameaçados ou em perigo a provisão e a satisfação de outras necessidades básicas. A acessibilidade econômica se aplica a qualquer tipo ou direito de aquisição pelo que as pessoas obtêm seus alimentos e é uma medida do grau em que é satisfatório para o desfrute do direito à alimentação adequada. Os grupos socialmente vulneráveis como as pessoas sem terra e outros segmentos particularmente empobrecidos da população podem requerer a atenção de programas especiais.

A acessibilidade física implica que a alimentação adequada deve ser acessível a todos, incluídos os indivíduos fisicamente vulneráveis, tais como as lactantes e as crianças pequenas, as pessoas idosas, os deficientes físicos, os moribundos e as pessoas com problemas médicos persistentes, tais como os doentes mentais. Será necessário prestar especial atenção e, às vezes, conceder prioridade à acessibilidade dos alimentos às pessoas que vivem em zonas propensas aos desastres e a outros grupos particularmente desfavorecidos. São especialmente vulneráveis muitos grupos de povos indígenas cujo acesso às terras ancestrais pode se ver ameaçado" (§ 13).

2.12. Comentário Geral nº 11/1999: Planos de ação para o ensino primário (artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)

De acordo com o art. 14 do PIDESC, "Todo Estado Parte do presente pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos".

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho para destacar deste Comentário Geral.

2.13. Comentário Geral nº 10/1998: A função das instituições nacionais dos direitos humanos na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais

O Comitê advertiu que as instituições nacionais de proteção dos direitos humanos desempenham um papel que pode ser decisivo na promoção e garantia da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos. O Comitê ainda elaborou uma lista exemplificativa de atividades que podem ser desempenhas por estas instituições:

- “a) o fomento de programas de educação e informação destinados a melhorar o conhecimento e a compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto entre a população em geral como em determinados grupos, por exemplo na administração pública, no poder judiciário, no setor privado e no movimento trabalhista;
- b) o minucioso exame das leis e das disposições administrativas vigentes, assim como dos projetos de lei e outras propostas, para certificar-se de que são compatíveis com os requisitos estipulados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;
- c) a prestação de assessoramento técnico ou a realização de estudos em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, inclusive a pedido das autoridades públicas ou de outras instâncias apropriadas;
- d) a determinação de critérios nacionais de referência que permitam medir o grau de cumprimento das obrigações que o Pacto impõe;
- e) a realização de investigações e de estudos com vistas a determinar até que ponto certos direitos econômicos, sociais e culturais são implementados, seja dentro do Estado em geral ou em determinadas esferas ou em relação com determinadas comunidades particularmente vulneráveis;
- f) a vigilância da observância de direitos específicos que são reconhecidos no Pacto e a preparação de relatórios dirigidos às autoridades públicas e à sociedade civil; e
- g) o exame das reclamações nas quais sejam alegadas violações das normas aplicáveis em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais dentro do Estado” (§ 3º).

As instituições nacionais de direitos humanos (INDH) são organismos estatais independentes criados por um mandato constitucional ou legislativo para promover e proteger os direitos humanos. Para se qualificar ou se certificar como uma INDH, o órgão deve observar as diretrizes constantes do documento Princípios Relativos ao Estatuto das Instituições Nacionais de Direitos Humanos (Princípios de Paris), aprovado pela Assembleia-Geral da ONU pela Resolução nº 48/134, de 20.12.1993.

Vejamos as principais diretrizes que constam dos Princípios de Paris sobre as INDH:

a) A instituição deve ser *nacional* e ter por atribuições a promoção e a proteção dos direitos humanos;

Devem receber um mandato amplo consagrado no texto constitucional ou legislativo;

Devem ter, entre outras, as seguintes competências: 1) apresentar ao Governo, Parlamento ou outro órgão competente, em caráter consultivo, opiniões, recomendações, propostas e relatórios; 2) promover e assegurar a harmonização entre preceitos nacionais e internacionais de direitos humanos, e sua efetiva implementação; 3) encorajar a ratificação de instrumentos internacionais de direitos humanos e assegurar sua imple-

mentação; 4) contribuir para os relatórios que os Estados têm de elaborar de acordo com os tratados de direitos humanos; 5) cooperar com a ONU e seus órgãos, bem assim com instituições regionais e nacionais, com atuação em direitos humanos; 6) prestar assistência na elaboração de programas de ensino e investigação no domínio dos direitos humanos e participar na respectiva execução nas escolas, universidades e círculos profissionais; e 7) divulgar os direitos humanos e os esforços para combater a discriminação em todas as suas formas, nomeadamente a discriminação racial, promovendo a sensibilização do público, em especial através da informação e educação e da utilização de todos os órgãos de imprensa.

A respeito da composição: quer por eleição, quer por outros meios, deve conter uma representação pluralista das forças sociais (da sociedade civil) que participam na promoção e proteção dos direitos humanos, como por exemplo ONGs, correntes de pensamento filosóficas ou religiosas, universidades e peritos qualificados, parlamento e departamentos governamentais (atenção: caso sejam incluídos, estes representantes deverão participar nas deliberações apenas a título consultivo).

Uma INDH pode ser autorizada a receber e examinar queixas e petições relativas a situações individuais, podendo, ao final, se for o caso, formular recomendações às autoridades competentes.

Cumprindo estas diretrizes, a instituição nacional pode requerer o seu credenciamento como INDH junto à ONU, sendo que o órgão responsável pela certificação é o Comitê Internacional de Coordenação das Instituições Nacionais de Direitos Humanos. Essa certificação permite participar e ter voz no Conselho de Direitos Humanos da ONU.

O Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) pode ser considerado uma INDH? O CNDH é um órgão colegiado de composição paritária que tem por finalidade a promoção e a defesa dos direitos humanos no Brasil através de ações preventivas, protetivas, reparadoras e sancionadoras das condutas e situações de ameaça ou violação desses direitos, previstos na CF e em tratados e atos internacionais ratificados pelo Brasil. Instituído inicialmente pela Lei 4.319/1964, que criou o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), o colegiado foi transformado em Conselho Nacional dos Direitos Humanos pela Lei 12.986/2014.

O art. 3º da Lei 12.986 trata da composição do CNDH, que se divide em representantes de órgãos públicos e representantes da sociedade civil:

“Art. 3º O Conselho Nacional dos Direitos Humanos - CNDH é integrado pelos seguintes membros:

I - representantes de órgãos públicos:

- a) Secretário Especial dos Direitos Humanos;
- b) Procurador-Geral da República;
- c) 2 (dois) Deputados Federais;
- d) 2 (dois) Senadores;
- e) 1 (um) de entidade de magistrados;
- f) 1 (um) do Ministério das Relações Exteriores;
- g) 1 (um) do Ministério da Justiça;

h) 1 (um) da Polícia Federal;

i) 1 (um) da Defensoria Pública da União;

II - representantes da sociedade civil:

a) 1 (um) da Ordem dos Advogados do Brasil, indicado pelo Conselho Federal da entidade;

b) 9 (nove) de organizações da sociedade civil de abrangência nacional e com relevantes atividades relacionadas à defesa dos direitos humanos;

c) 1 (um) do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União.

§ 1º Os representantes dos órgãos públicos serão designados pelos ministros, chefes ou presidentes das respectivas instituições.

§ 2º Os representantes indicados na alínea b do inciso II deste artigo e seus suplentes serão eleitos em encontro nacional para um mandato de 2 (dois) anos.

§ 3º O edital de convocação do encontro nacional a que se refere o § 2º será divulgado, na primeira vez, pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos e, quanto aos encontros subsequentes, pelo CNDH, observando-se os princípios da ampla publicidade e da participação plural dos diversos segmentos da sociedade.

§ 4º Os representantes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados serão designados pelos presidentes das respectivas Casas no início de cada legislatura, obedecida a paridade entre os partidos de situação e de oposição.

§ 5º As situações de perda e de substituição de mandato, bem como as regras de funcionamento do CNDH, serão definidas no seu regimento interno”.

O art. 4º da Lei 12.986 elenca as incumbências do CNDH, entre as quais destacamos as seguintes:

- a. Fiscalizar a política nacional de direitos humanos;
- b. Expedir recomendações a entidades públicas e privadas envolvidas com a proteção dos direitos humanos, fixando prazo razoável para o seu atendimento;
- c. Recomendar a inclusão da matéria específica de direitos humanos nos currículos escolares, especialmente nos cursos de formação das polícias e dos órgãos de defesa do Estado e das instituições democráticas;
- d. Pronunciar-se, por deliberação expressa da maioria absoluta de seus conselheiros, sobre crimes que devam ser considerados, por suas características e repercussão, como violações a direitos humanos de excepcional gravidade, para fins de acompanhamento das providências necessárias a sua apuração, processo e julgamento.
- e. Realizar procedimentos apuratórios de condutas e situações contrárias aos direitos humanos e aplicar sanções de sua competência.

O art. 6º dispõe sobre as sanções que o CNDH pode aplicar:

- a. Advertência;
- b. Censura pública;
- c. Recomendação de afastamento de cargo, função ou emprego na Administração Pública;
- d. Recomendação de que não sejam concedidos verbas, auxílios ou subvenções a entidades comprovadamente responsáveis por condutas ou situações contrárias aos direitos humanos.

Finalmente, os artigos 7º a 10 da Lei 12.986 tratam da estrutura organizacional do CNDH. E o art. 13 da Lei 12.986 afirma que o exercício da função de conselheiro do CNDH não será remunerado a qualquer título, constituindo serviço de relevante interesse público.

Respondendo à pergunta que fizemos anteriormente, entendemos que o CNDH não pode se qualificar como uma INDH, pois o colegiado abriga em sua composição diversos representantes do Governo (Secretário Especial de Direitos Humanos, Deputados Federais, Senadores, Ministro das Relações Exteriores e Ministro da Justiça) com direito à voto. De acordo com os Princípios de Paris, o Governo deve ser mero observador da atuação independente e imparcial da INDH, com direito à voz apenas.

E a Defensoria Pública da União, pode ser considerada uma INDH? Há quem entenda que sim, considerando a forte representatividade social da instituição⁴⁴⁸. No entanto, entendemos que a DPU não pode ser considerada uma INDH, e isso porque a sua administração superior não contempla uma representação pluralista das forças sociais, propiciando a estas o direito de votar sobre o planejamento da instituição.

2.14. Comentário Geral nº 9/1998: A aplicação interna do Pacto

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho para destacar deste Comentário Geral.

2.15. Comentário Geral nº 8/1997: Relação entre as sanções econômicas e o respeito dos direitos econômicos, sociais e culturais

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho para destacar deste Comentário Geral.

2.16. Comentário Geral nº 7/1997: O direito a uma moradia adequada (parágrafo 1º do artigo 11 do Pacto) – os despejos forçados

De acordo com o art. 11.1 do PIDESC, “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a impor-

⁴⁴⁸ Nesse sentido, ver: MOURA, Raquel Giovanini de. *Princípios de Paris: Defensoria Pública da União como instituição nacional de direitos humanos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5392, 6 abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65221>. Acesso em: 4 out. 2019.

tância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento”.

O Comitê contextualizou da seguinte forma a prática dos despejos forçados:

“A prática dos despejos forçados está muito difundida e afeta as pessoas tanto nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento. Consideradas a interrelação e a interdependência que existem entre todos os direitos humanos, os despejos forçados violam frequentemente outros direitos humanos. Assim, além de violar claramente os direitos consagrados no Pacto, a prática dos despejos forçados também pode dar lugar a violações de direitos civis e políticos, tais como o direito à vida, o direito à segurança pessoal, o direito à não ingerência na vida privada, à família e ao lar, e o direito a desfrutar em paz dos próprios bens.

Ainda que a prática dos despejos forçados pareça ocorrer principalmente em zonas urbanas densamente povoadas, também ocorre em relação a mudanças forçadas de população, deslocamentos internos, reassentamentos forçados em caso de conflito armado, êxodos em massa e movimentos de refugiados. Em todas estas circunstâncias pode haver uma violação do direito à moradia adequada e à proteção contra o despejo forçado por causa de uma série de atos e omissões atribuíveis aos Estados Partes. (...)

Muitos casos de despejos forçados estão relacionados com a violência causada, por exemplo, pelos conflitos armados internacionais, os conflitos internos e a violência comunitária ou étnica.

Há outros casos de despejos forçados praticados em nome do desenvolvimento. Podem ocorrer em relação a conflitos sobre direitos de terras, projetos de desenvolvimento e infraestrutura como, por exemplo, a construção de barragens ou outros projetos energéticos em grande escala, a aquisição de terras para programas de renovação urbana, reabilitação de moradias ou embelezamento de cidades, o desmatamento de terras para fins agrícolas, a especulação imobiliária desenfreada de terrenos ou a celebração de grandes acontecimentos esportivos tais como os Jogos Olímpicos” (§ 4º e seguintes).

Numa passagem importante do Comentário Geral, o Comitê indicou as garantias processuais que devem ser observadas no contexto dos despejos forçados:

“(...) a) uma autêntica oportunidade de consultar as pessoas afetadas; b) um prazo suficiente e razoável de notificação a todas as pessoas afetadas com a antecipação da data prevista para o despejo; c) facilitar a todos os interessados, num prazo razoável, informação relativa aos despejos forçados previstos e, se for o caso, aos fins para os quais se destinam as terras ou as moradias; d) a presença de funcionários do governo ou seus representantes no despejo, especialmente quando este afete grupos de pessoas; e) identificação exata de todas as pessoas que efetuem o despejo; f) não efetuar despejos quando haja mal tempo ou a noite, salvo se as pessoas afetadas consentirem; g) oferecer recursos jurídicos; e h) oferecer assistência jurídica sempre que seja possível às pessoas que necessitem pedir reparação aos tribunais” (§ 15).

O Comitê ainda advertiu que os despejos não devem expor as pessoas a ficarem sem moradia ou a violações de direitos humanos, devendo os Estados Partes adotarem as medidas necessárias, na maior medida que permitam seus recursos, para que se proporcione outra moradia, reassentamento ou acesso a terras produtivas (§ 16).

Ainda sobre o Comentário Geral nº 7 do Comitê DESC, vejamos a lição de Vitor Monteiro:

“Nos termos da OG nº 7, os desalojamentos forçados são definidos como o ato de forçar pessoas, famílias ou comunidades a se retirar das terras que ocupam, de forma permanente ou provisória, sem lhes oferecer os meios apropriados de proteção legal, ou até mesmo impedir o acesso a essa proteção.

Entende o Comitê que esses desalojamentos, efetuados contrariamente às disposições legais exigidas e aos pactos internacionais de direitos humanos aplicáveis, consistem em violações *prima facie* do direito à moradia. Com efeito, esse exercício da força física e psicológica que decorre desse tipo de conduta é fonte de frequentes ofensas a outros direitos humanos.

Impende destacar que essas proteções oferecidas pela OG não se aplicam aos desalojamentos legítimos, nos quais são observados o devido processo legal e a esmerada aplicação da lei em matéria possessória e de normatização internacional de direitos humanos”⁴⁴⁹.

2.17. Comentário Geral nº 6/1995: Os direitos econômicos, sociais e culturais das pessoas idosas

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho para destacar deste Comentário Geral.

2.18. Comentário Geral nº 5/1994: As pessoas com deficiência

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho para destacar deste Comentário Geral.

2.19. Comentário Geral nº 4/1991: O direito a uma moradia adequada

Este Comentário Geral nº 4/1991 do Comitê DESC é considerado o documento que constitui a interpretação normativa mais autorizada do direito à moradia adequada no âmbito do direito internacional, e isso porque esclarece a definição e o alcance do conteúdo desse direito e dos principais institutos que sua satisfação suscita⁴⁵⁰.

Para o Comitê, ainda que a adequação da moradia seja determinada por fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos ou de outra natureza, é possível identificar alguns aspectos do direito a uma moradia adequada que devem ser levados em conta em qualquer contexto. Entre esses aspectos, o Comitê destaca os seguintes:

⁴⁴⁹ MONTEIRO, Vitor de Andrade. *Direito à Moradia Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 58.

⁴⁵⁰ Nesse sentido, ver: MONTEIRO, Vitor de Andrade. *Direito à Moradia Adequada...*, p. 51.

"a) *Segurança jurídica da posse*. A posse adota uma variedade de formas, como o aluguel (público e privado), a habitação cooperativa, o arrendamento, a ocupação pelo proprietário, a habitação de emergência e os assentamentos informais, incluída a ocupação de terra ou propriedade. Seja qual for o tipo de posse, todas as pessoas devem gozar de certo grau de segurança de posse que lhes garanta uma proteção legal contra o despejo, o assédio ou outras ameaças. Consequentemente, os Estados Partes devem adotar imediatamente medidas destinadas a conferir segurança legal de posse às pessoas e aos lugares que na atualidade careçam dessa proteção, consultando verdadeiramente as pessoas e os grupos afetados.

b) *Disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura*. Uma moradia adequada deve conter certos serviços indispensáveis para a saúde, a segurança, a comodidade e a nutrição. Todos os beneficiários do direito à uma moradia adequada deveriam ter acesso permanente a recursos naturais e comuns, à água potável, à energia para cozinha, à calefação e à iluminação, a instalações sanitárias e de banheiro, de armazenamento de alimentos, de eliminação de desperdícios, de drenagem e serviços de emergência.

c) *Gastos suportáveis*. As despesas pessoais ou domésticas envolvidas no alojamento devem ser de um nível que não impeçam nem comprometam a realização e a satisfação de outras necessidades básicas. Os Estados Partes devem adotar medidas para garantir que a porcentagem das despesas de moradia sejam, no geral, proporcionais aos níveis de renda. Os Estados Partes devem criar subsídios de moradia para os que não podem custear uma habitação, assim como formas e níveis de financiamento que correspondem adequadamente às necessidades de moradia. Em conformidade com o princípio da possibilidade de custear a moradia, deveria se proteger por meios adequados os inquilinos contra preços desproporcionais dos aluguéis. Nas sociedades em que os materiais naturais constituem as principais fontes de material de construção de moradia, os Estados Partes deveriam adotar medidas para garantir a disponibilidade desses materiais.

d) *Habitabilidade*. Uma moradia adequada deve ser habitável, no sentido de poder oferecer espaço adequado para seus ocupantes e de protegê-los do frio, da humidade, do calor, da chuva, do vento e de outras ameaças para a saúde, de riscos estruturais e de vetores de enfermidade. Deve garantir também a segurança física dos ocupantes. (...)

e) *Acessibilidade*. A moradia adequada deve ser acessível aos que tenham direito. Deve-se conceder aos grupos em situação de desvantagem um acesso pleno e sustentável aos recursos adequados para conseguir uma habitação. Deve-se garantir certo grau de consideração prioritária na esfera da habitação aos grupos desfavorecidos como as pessoas idosas, as crianças, os deficientes físicos, os doentes terminais, os indivíduos com HIV positivo, as pessoas com problemas médicos persistentes, os doentes mentais, as vítimas de desastres naturais (...) e outros grupos de pessoas. (...) Os Estados devem assumir obrigações destinadas a apoiar o direito de todos a um lugar seguro para viver em paz e dignidade, incluído o acesso à terra como direito.

f) *Lugar*. A moradia adequada deve se encontrar num lugar que permita o acesso às opções de emprego, aos serviços de atenção à saúde, centros de atenção para crianças, escolas e outros serviços sociais. Isto é particularmente importante em grandes cidades e zonas rurais aonde os custos temporais e financeiros para chegar aos lugares de trabalho e voltar deles pode impor exigências excessivas no orçamento das famílias pobres. Da mesma forma, a habitação não deve ser construída em lugares contaminados nem na proximidade imediata de fontes de contaminação que ameçam o direito à saúde dos habitantes.

g) *Adequação cultural*. A maneira que se constrói a moradia, os materiais de construção utilizados e as políticas nas quais se apoiam devem permitir adequadamente a expressão da identidade cultural e a diversidade da habitação. As atividades vinculadas ao desenvolvimento ou à modernização na esfera da moradia devem zelar para que não se sacrifiquem as dimensões culturais da moradia e para que se assegurem, entre outros, os serviços tecnológicos modernos" (§ 8º).

2.20. Comentário Geral nº 3/1990: A natureza das obrigações dos Estados Partes

De acordo com o art. 2.1 do PIDESC, "Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas".

Sobre o conceito de "progressiva efetividade", o Comitê fez as seguintes considerações:

"(...) O conceito de progressiva efetividade constitui um reconhecimento do fato de que a plena efetividade de todos os direitos econômicos, sociais e culturais em geral não pode ser alcançado num breve período de tempo. Neste sentido, a obrigação difere de maneira importante da que figura no artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e incorpora uma obrigação imediata de respeitar e garantir todos os direitos pertinentes. No entanto, o fato de que a eficácia ao longo do tempo, ou em outras palavras, progressivamente, é prevista em relação ao Pacto, não deve ser mal interpretada como privando a obrigação de qualquer conteúdo significativo. De um lado, requer-se um dispositivo de flexibilidade necessária que reflita as realidades do mundo real e as dificuldades que implicam para cada país ao assegurar a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. De outro lado, a expressão deve ser interpretada à luz do objetivo geral, na verdade a razão de ser do Pacto, que é estabelecer claras obrigações para os Estados Partes com respeito à plena efetividade dos direitos de que se trata. Este impõe, portanto, uma obrigação de proceder mais rápida e eficazmente possível com vista a atingir esse objetivo. Ademais, todas as medidas de caráter deliberadamente retroativo neste aspecto exigirão uma análise mais cuidadosa e deverão ser plenamente justificadas por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto da plena utilização de recursos disponíveis" (§ 9º).

2.21. Comentário Geral nº 2/1990: Medidas internacionais de assistência técnica (artigo 22 do Pacto)

De acordo com o art. 22 do PIDESC, “O Conselho Econômico e Social poderá levar ao conhecimento de outros órgãos da Organização das Nações Unidas, de seus órgãos subsidiários e das agências especializadas interessadas, às quais incumba a prestação de assistência técnica, quaisquer questões suscitadas nos relatórios mencionados nesta parte do presente Pacto que possam ajudar essas entidades a pronunciar-se, cada uma dentro de sua esfera de competência, sobre a conveniência de medidas internacionais que possam contribuir para a implementação efetiva e progressiva do presente Pacto”.

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho para destacar deste Comentário Geral.

2.22. Comentário Geral nº 1/1989: Apresentação de relatórios pelos Estados Partes

O art. 16 e seguintes do PIDESC tratam da obrigação dos Estados Partes de apresentarem relatórios periódicos sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto. Segundo o Comitê, este mecanismo convencional não deve ser encarado como algo meramente protocolar, cumprindo, na verdade, os seguintes objetivos:

“Um *primeiro objetivo*, de especial importância no caso do relatório inicial que deve ser apresentado num prazo de dois anos a partir da entrada em vigor do Pacto para o Estado Parte interessado, é assegurar que se empreenda um exame amplo da legislação, das normas e dos procedimentos administrativos e das diversas práticas nacionais num esforço por ajustá-las no máximo possível às disposições do Pacto. Esse exame pode ser conduzido, por exemplo, em colaboração com cada um dos ministérios nacionais pertinentes ou com outras autoridades encarregadas da adoção e aplicação de políticas nas diversas esferas abrangidas pelo Pacto.

Um *segundo objetivo* é garantir que o Estado Parte vigie de maneira constante a situação real a respeito de cada um dos direitos e, consequentemente, mantenha-se informado sobre até que ponto os indivíduos que estão em seu território ou sob sua jurisdição desfrutam ou não dos diversos direitos. (...)

A vigilância tem por objeto proporcionar uma visão geral e detalhada da situação existente e esta visão resulta importante sobretudo porque proporciona uma base para elaborar políticas claramente formuladas e cuidadosamente adaptadas à situação, entre elas o estabelecimento de prioridades que reflitam as disposições do Pacto. Consequentemente, um *terceiro objetivo* do processo de apresentação de relatórios é permitir ao governo que demonstre que já iniciou esta adoção de políticas em função dos princípios. (...)

Um *quarto objetivo* do processo de apresentação de relatórios é facilitar o exame público das políticas dos governos a respeito dos direitos econômicos, sociais e culturais e estimular a participação destes setores da sociedade na formulação, aplicação e revisão das políticas pertinentes. (...)

Um *quinto objetivo* é fornecer uma base sobre a qual o próprio Estado Parte, assim como o Comitê, possam efetivamente avaliar até que ponto se avançou

no cumprimento das obrigações contidas no Pacto. (...)

Um *séto objetivo* é permitir que o próprio Estado Parte compreenda melhor os problemas e as limitações que se apresentam em seus esforços para alcançar progressivamente toda a gama de direitos econômicos, sociais e culturais. Por esta razão, é fundamental que os Estados Partes informem de modo detalhado acerca das circunstâncias e dificuldades que inibem a realização destes direitos. Esse processo de identificação e reconhecimento das dificuldades pertinentes deve proporcionar o contexto no qual possam ser elaboradas as políticas mais apropriadas.

Um *sétimo objetivo* é permitir que o Comitê e os Estados Partes em seu conjunto facilitem o intercâmbio de informação entre Estados e cheguem a compreender melhor os problemas comuns a que fazem frente os Estados e a apreciar mais seriamente o tipo de medidas que possam ser adotadas com o objetivo de promover a realização efetiva de cada um dos direitos contidos no Pacto" (§ 2º e seguintes).

3. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial

O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial é o órgão responsável pelo monitoramento da implementação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Composto por 18 membros, eleitos para exercerem suas funções a título pessoal – e não como representantes dos Estados –, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial conta com os seguintes mecanismos de proteção: a) relatórios periódicos; b) petições interestatais⁴⁵¹; e c) petições individuais.

O Brasil reconheceu e aceitou a competência do Comitê para receber e analisar petições individuais por meio do Decreto nº 4.738/2003.

3.1. Comentário Geral nº 35/2013: A luta contra o discurso de ódio racista

O Comitê recomenda aos Estados Partes que declarem e punam efetivamente como crimes conforme a lei:

- "a) Toda difusão de ideias baseadas na superioridade ou no ódio racial ou étnico por qualquer meio;
- b) A incitação ao ódio, o desprezo ou a discriminação contra os membros de um grupo por motivos de sua raça, cor, linhagem ou origem nacional ou étnica;
- c) As ameaças ou a incitação à violência contra pessoas ou grupos pelos motivos indicados no item anterior;
- d) A expressão de insultos, provocações ou calúnias a pessoas ou grupos, ou a justificação do ódio, o desprezo ou a discriminação pelos motivos indicados no item b;

⁴⁵¹ Diferentemente do previsto nos demais tratados do sistema global, o funcionamento do mecanismo de petições interestatais na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial não depende de aceitação dos Estados partes na Convenção.

e) A participação em organizações e atividades que promovam e incitam a discriminação racial” (§ 13).

Na sequência, o Comitê recomendou também que:

“(…) a negação pública de crimes de genocídio e crimes de lesa humanidade, definidos pelo direito internacional, ou o objetivo de justificá-los, sejam declarados atos puníveis conforme a lei, sempre que constituam claramente incitação à violência ou ao ódio racial. O Comitê destaca, porém, que a expressão de opiniões sobre fatos históricos não deve ser proibida nem punida” (§ 14).

Importante ressaltar que todo este Comentário Geral está fundamentado na premissa adotada pelo Comitê de que “(…) A liberdade de expressão não deve ter por objeto a destruição dos direitos e das liberdades de outras pessoas, incluídos o direito à igualdade e à não discriminação” (§ 26).

3.2. Comentário Geral nº 34/2011: Discriminação judicial contra afrodescendentes

O Comitê advertiu que o racismo e a discriminação racial contra os afrodescendentes podem ser expressados de diversas formas, algumas estruturas e outras culturais. Sobre a discriminação estrutural, o Comitê explicou que:

“O racismo e a discriminação estrutural contra afrodescendentes, enraizados no infame regime da escravidão, se manifestam em situações de desigualdade que afetam a estas pessoas e que se refletem, entre outras coisas, no seguinte: o fato de que formem parte, junto com as populações indígenas, dos grupos mais pobres da população; suas baixas taxas de participação e representação nos processos político e institucionais de adoção de decisões; as dificuldades adicionais a que fazem frente ao acesso à educação, à qualidade desta e às possibilidades de concluí-la, o que faz com que a pobreza se transmita de geração em geração; o acesso desigual ao mercado de trabalho; o limitado reconhecimento social e a escassa valorização de sua diversidade étnica e cultural, e sua desproporcional presença na população carcerária” (§ 6°).

3.3. Comentário Geral nº 33/2009: Acompanhamento da Conferência de Revisão de Durban

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.4. Comentário Geral nº 32/2009: Significado e alcance das medidas especiais da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial

De acordo com o art. 4.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, “Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de

certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, a manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”.

A partir deste dispositivo, o Comitê esclareceu que “(...) as medidas especiais não são uma exceção ao princípio da não discriminação, mas sim formam parte integrante do seu significado e são essenciais para o propósito da Convenção de eliminar a discriminação racial e promover a dignidade humana e a igualdade efetiva” (§ 20).

3.5. Comentário Geral nº 31/2005: Prevenção da discriminação racial na administração e no funcionamento da justiça penal

Segundo o Comitê, os Estados Partes devem lembrar aos membros do Ministério Público o interesse geral que possuem no processamento de atos racistas, incluídos os crimes menores inspirados em motivações racistas, pois todo crime de motivação racista atenta contra a coesão social e contra toda a sociedade (§ 15).

Sobre o direito à presunção de inocência, o Comitê advertiu que:

“(...) este direito exige que os órgãos policiais, judiciais e outros órgãos do poder público estejam proibidos de manifestar em público sua opinião sobre a culpabilidade dos acusados antes da sentença e de semear suspeitas de antemão sobre os membros de um determinado grupo racial ou étnico. Estas autoridades devem zelar para que os meios de comunicação não difundam informações que possam estigmatizar determinadas categorias de pessoas, em particular as que pertencem aos grupos mencionados no último parágrafo do preâmbulo” (§ 29).

3.6. Comentário Geral nº 30/2004: Discriminação contra os não cidadãos

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.7. Comentário Geral nº 29/2002: Discriminação baseada na ascendência

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.8. Comentário Geral nº 28/2002: Continuação da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância correlata

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.9. Comentário Geral nº 27/2000: Discriminação contra os ciganos

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral, que apenas ressalta as obrigações dos Estados no respeito e na proteção dos direitos humanos dos ciganos, um grupo considerado vulnerável.

3.10. Comentário Geral nº 26/2000: Sobre o artigo 6º da Convenção

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.11. Comentário Geral nº 25/2000: Dimensões da discriminação racial relacionadas ao gênero

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.12. Comentário Geral nº 24/1999: Relativo ao artigo 1º da Convenção

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.11. Comentário Geral nº 23/1997: Direitos dos povos indígenas

O Comitê ressaltou que as disposições da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial se aplicam aos povos indígenas (§ 2º). O Comitê exortou os Estados Partes a:

- “a) Reconhecerem e respeitarem a cultura, a história, o idioma e o modo de vida dos povos indígenas como um fator de enriquecimento da identidade cultural do Estado e garantirem sua preservação;
- b) Garantirem que os membros dos povos indígenas sejam livres e iguais em dignidade e direitos e livres de toda discriminação, em particular a que se baseia na origem ou na identidade indígena;
- c) Proporcionem aos povos indígenas as condições que lhes permitam um desenvolvimento econômico e social sustentável, compatível com suas características culturais;
- d) Garantam que os membros dos povos indígenas gozem de direitos iguais sobre a sua participação efetiva na vida pública e que não se adote decisão alguma diretamente relacionada com seus direitos e interesses sem seu consentimento informado;
- e) Garantam que as comunidades indígenas possam exercer seu direito a praticar e a reavivar suas tradições e costumes culturais e a preservar e praticar seu idioma” (§ 4º).

Além disso, o Comitê também exortou os Estados Partes a:

“(…) que reconheçam e protejam os direitos dos povos indígenas a possuir, explorar, controlar e utilizar suas terras, territórios e recursos comunais, e

nos casos em que tenham sido privados de suas terras e territórios, dos quais tradicionalmente eram donos, ou que tenham ocupado ou utilizado essas terras e territórios sem o consentimento livre e informado destes povos, que adotem medidas para que lhes sejam devolvidas. Apenas quando, por razões concretas, isso não seja possível, se substituirá o direito à restituição pelo direito a uma justa e imediata indenização, a qual, na medida do possível, deverá ser em forma de terras e territórios” (§ 5º).

3.12. Comentário Geral nº 22/1996: O artigo 5º da Convenção e os refugiados e as pessoas deslocadas

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.13. Comentário Geral nº 21/1996: O direito à livre determinação

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.14. Comentário Geral nº 20/1996: O artigo 5º da Convenção

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.15. Comentário Geral nº 19/1995: O artigo 3º da Convenção

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.16. Comentário Geral nº 18/1994: O estabelecimento de um tribunal internacional para o processamento dos crimes contra a humanidade

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.17. Comentário Geral nº 17/1993: O estabelecimento de instituições nacionais para facilitar a aplicação da Convenção

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.18. Comentário Geral nº 16/1993: A aplicação do artigo 9º da Convenção

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.19. Comentário Geral nº 15/1993: O artigo 4º da Convenção

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.20. Comentário Geral nº 14/1993: O parágrafo 1º do artigo 1º da Convenção

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.21. Comentário Geral nº 13/1993: A formação dos funcionários encarregados da aplicação da lei quanto à proteção dos direitos humanos

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.22. Comentário Geral nº 12/1993: Estados sucessores

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.23. Comentário Geral nº 11/1993: Os não cidadãos

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.24. Comentário Geral nº 10/1991: Assistência técnica

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.25. Comentário Geral nº 9/1990: A aplicação do parágrafo 1º do artigo 8º da Convenção

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.26. Comentário Geral nº 8/1990: A interpretação e a aplicação dos parágrafos 1º e 4º da Convenção

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.27. Comentário Geral nº 7/1985: Aplicação do artigo 4º da Convenção

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.28. Comentário Geral nº 6/1982: Relatórios atrasados

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.29. Comentário Geral nº 5/1977: Apresentação de relatórios pelos Estados Partes

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.30. Comentário Geral nº 4/1973: Apresentação de relatórios pelos Estados Partes

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.31. Comentário Geral nº 3/1972: Apresentação de relatórios pelos Estados Partes

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.32. Comentário Geral nº 2/1972: Obrigações dos Estados Partes

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

3.33. Comentário Geral nº 1/1972: Obrigações dos Estados Partes

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

4. Comitê contra a Tortura

O Comitê contra a Tortura é o órgão responsável pelo monitoramento da implementação da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Composto por 10 membros, eleitos para exercerem suas funções a título pessoal – e não como representantes dos Estados –, o Comitê contra a Tortura conta com os seguintes mecanismos de proteção: a) relatórios periódicos; b) procedimento de inquérito; c) petições interestatais; e d) petições individuais.

Em 2006, o Brasil aceitou a competência do Comitê para receber e analisar petições individuais, não tendo havido ainda, porém, o decreto de promulgação.

Em 2002, a Assembleia-Geral da ONU adotou um protocolo facultativo à Convenção contra a Tortura, que teve como objetivo “estabelecer um sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares onde pessoas são privadas de sua liberdade, com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes” (art. 1º). O Brasil aderiu a esse protocolo e o internalizou mediante o Decreto nº 6.085/2007.

Esse protocolo facultativo ainda criou um outro órgão de monitoramento da Convenção contra a Tortura, que é o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, com a finalidade de visitar os lugares de privação de liberdade e colaborar com os Estados Partes na criação, manutenção e fortalecimento dos mecanismos preventivos nacionais.

O protocolo facultativo também obriga os Estados Partes a criarem um ou mais mecanismos preventivos nacionais independentes para a prevenção da tortura em nível doméstico (art. 17). O Brasil cumpriu com essa obrigação e instituiu, com a Lei 12.847/2013, o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT), regulamentado pelo Decreto nº 8.154/2013.

4.1. Comentário Geral nº 04/2017: Aplicação do artigo 3º da Convenção no contexto do artigo 22⁴⁵²

Assim estabelece o art. 3º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes:

“1. Nenhum Estado Parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura.

2. A fim de determinar a existência de tais razões, as autoridades competentes levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, quando for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos”.

Para o Comitê, o termo “expulsão” abrange, em rol exemplificativo, a expulsão propriamente dita, a extradição, a devolução pela força, o traslado pela força, a entrega e o rechaço na fronteira de uma pessoa ou de um grupo de pessoas de um Estado Parte para outro Estado.

O Comitê considera que, assim como a proibição da tortura é absoluta, igualmente o ré o princípio da não devolução de pessoas a outro Estado quando hajam razões fundadas para se acreditar que estariam em perigo de serem submetidas à tortura.

Para admitir uma petição ou comunicação individual sobre a violação do art. 3º da Convenção, o Comitê exige que as razões sejam fundadas, ou seja, que sejam previsíveis, pessoais, presentes e reais.

Sobre o devido processo para legitimar uma decisão de expulsão, o Comitê afirma o seguinte:

“As autoridades administrativas e/ou judiciais competentes do Estado Parte devem examinar cada caso de maneira individual, imparcial e independente, respeitando as garantias processuais fundamentais, especialmente assegurando que o processo seja transparente e que tramite sem demora, que a decisão de expulsão seja sujeita à revisão e que a interposição de um recurso tenha efeito suspensivo. Todas as pessoas às quais se decida expulsar devem ser informadas da decisão em prazo oportuno. A expulsão coletiva, sem que se examinem objetivamente os casos individuais tendo em conta o risco pessoal, deve ser considerada uma violação do princípio da não devolução” (§ 13).

Para que o art. 3º da Convenção seja respeitado, o Comitê ressalta que os Estados Partes devem adotar medidas legislativas, administrativas, judiciais e outras medidas de prevenção contra possíveis violações do princípio da não devolução, devendo adotar, especialmente, o seguinte:

“a) Assegurar o direito de toda pessoa a que seu caso seja examinado de

⁴⁵² Este Comentário Geral substituiu o Comentário Geral nº 01/1996.

forma individual e não coletiva, e a ser informada claramente dos motivos pelos quais é objeto de um procedimento que pode levar à uma decisão de expulsão e dos direitos previstos no ordenamento jurídico para recorrer desta decisão;

b) Facilitar o acesso da pessoa a um advogado, à assistência jurídica gratuita caso seja necessário e a representantes de organizações internacionais pertinentes que ofereçam proteção;

c) Tramitar um procedimento administrativo ou judicial relativo à pessoa no idioma que ela compreenda ou com a assistência de intérpretes e tradutores;

d) Remeter a pessoa, quando alegue ter sido torturada anteriormente, a um exame médico independente e gratuito, em conformidade com o Manual para a Investigação e Documentação eficazes da tortura e outros tratamentos ou penais cruéis, desumanos ou degradantes (Protocolo de Istambul);

e) Assegurar que a pessoa possa exercer seu direito de recorrer da ordem de expulsão para um órgão administrativo e/ou judicial independente dentro de um prazo razoável a partir da notificação da ordem e para que a interposição de um recurso tenha efeito suspensivo sobre a execução da ordem;

f) Proporcionar capacitação efetiva a todos os funcionários que se ocupem das pessoas submetidas a procedimentos de expulsão acerca do respeito das disposições do artigo 3º da Convenção a fim de evitar decisões contrárias ao princípio da não devolução;

g) Proporcionar capacitação efetiva ao pessoal médico e de outro tipo que tratem as pessoas privadas de liberdade, os migrantes e os solicitantes de asilo para a detecção e a documentação das marcas de tortura, tendo em conta o Protocolo de Istambul" (§ 18).

Prosseguindo, o Comitê advertiu que os Estados Partes devem abster-se de expulsar pessoas a outro Estado também quando haja razões fundadas para acreditar que estarão em perigo de serem submetidas à tortura e outros maus tratos pelas mãos de entidades não estatais, como grupos que, mediante ações ilegais, infligem graves dores ou sofrimento para fins proibidos pela Convenção, e sobre os quais o Estado receptor não tem nenhum controle ou somente tem um controle parcial ou cujos atos não pode evitar ou à cuja impunidade não pode fazer frente o referido Estado.

Sobre o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos para peticionar ao Comitê e assim denunciar uma violação ao art. 3º da Convenção, o Comitê considera que o recurso efetivo a respeito da aplicação do princípio da não devolução deve permitir que, na prática, se impeça a expulsão do autor da denúncia quando haja razões fundadas para se acreditar que estaria pessoalmente em perigo de ser submetido à tortura se fosse expulso a outro país. O Comitê ainda esclarece que este recurso deve ser um direito legal e não uma concessão voluntariosa das autoridades competentes, e deve ser acessível na prática sem nenhum tipo de obstáculo.

4.2. Comentário Geral nº 03/2012: Aplicação do artigo 14 pelos Estados Partes

Assim estabelece o art. 14 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes:

“1. Cada Estado Parte assegurará, em seu sistema jurídico, à vítima de um ato de tortura, o direito à reparação e a uma indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível. Em caso de morte da vítima como resultado de um ato de tortura, seus dependentes terão direito à indenização.

2. O disposto no presente Artigo não afetará qualquer direito a indenização que a vítima ou outra pessoa possam ter em decorrência das leis nacionais”.

De acordo com o Comitê, a expressão “reparação” deve ser compreendida num conceito amplo, abrangendo medidas como restituição, indenização, reabilitação, satisfação e medidas de não repetição. Para isso, o Comitê entende que as obrigações dos Estados Partes de reparar em virtude do art. 14 da Convenção são de dois tipos: de procedimento e substantivas.

Para cumprir com suas obrigações de procedimento, segundo o Comitê, os Estados Partes devem promulgar leis e estabelecer mecanismos para a apresentação de denúncias, órgãos de investigação e instituições, entre elas órgãos judiciais independentes, que possam determinar se uma vítima de tortura e maus tratos tem direito à uma reparação e concedê-la, assim como verificar se os mecanismos e órgãos são eficazes e todas as vítimas possam recorrer a eles.

E no que diz respeito às obrigações substantivas, o Comitê adverte que os Estados Partes devem se certificar de que as vítimas de torturas ou maus tratos obtenham uma reparação plena e efetiva, com inclusão de uma indenização e dos meios para alcançar uma reabilitação o mais completa possível.

Prosseguindo, o Comitê afirma que para que não se repitam atos de tortura e maus tratos, os Estados Partes devem adotar medidas para que o descumprimento da Convenção não fique impune, a exemplo das seguintes: instruções claras aos funcionários públicos sobre a proibição absoluta da tortura; controle efetivo sobre forças armadas e de segurança pelas autoridades civis; reforço da independência do Poder Judiciário; proteção aos defensores dos direitos humanos; estabelecimento de sistemas de supervisão periódica independente de todos os lugares de privação de liberdade etc.

Acerca do direito à obter uma reparação pecuniária (indenização), o Comitê considera que deve existir um procedimento cível independente do procedimento penal, afirmando, então, que se o direito interno condiciona a indenização ao término do procedimento penal e que este se prolongue de forma indevida, o Estado estará violando o art. 14 da Convenção.

Para o Comitê, considerando que a tortura gera danos permanentes, ela não deve estar sujeita à prescrição, pois com isso se privaria as vítimas da reparação devida. Por isso, o Comitê entende que os Estados Partes devem assegurar que todas as vítimas de tortura ou maus tratos, independentemente de quando tenha ocorrido o ato, possam exercer seu direito a um recurso efetivo e a obter reparação. O Comitê ainda ressaltou que a anistia em casos de tortura opõe obstáculos inadmissíveis à vítima na sua intenção de obter reparação e contribui para um clima de impunidade.

O Comitê também considera que reservas apresentadas pelos Estados no sentido de

limitar a aplicação do art. 14 são incompatíveis com o objeto e fim da Convenção.

4.3. Comentário Geral nº 02/2008: Aplicação do artigo 2º pelos Estados Partes

Assim estabelece o art. 3º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes:

“1. Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificação para tortura.

3. A ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificação para a tortura”.

O item 2 do art. 3º da Convenção ressalta que a proibição da tortura é absoluta e imperativa, não admitindo nenhum tipo de relativização, nem mesmo em circunstâncias excepcionais. O Comitê afirmou que rechaça toda justificação da tortura fundada em emergências, na religião ou na tradição e que as leis de anistia ou outros obstáculos que impedem a punição dos autores de atos de tortura ou maus tratos violam o caráter imperativo da proibição.

O Comitê chamou a atenção dos Estados para que exerçam um controle sobre seus agentes e sobre quem atue em seu nome para detectar e informar ao Comitê sobre todos os casos de tortura, especialmente a aplicação de medidas de luta contra o terrorismo.

O Comitê também advertiu que os Estados Partes devem tipificar e punir o crime de tortura em sua legislação penal, em conformidade, no mínimo, com os elementos de tortura previstos no art. 1º da Convenção e observando os requisitos do art. 4º. Vejamos o teor destes dispositivos:

“Art. 1º

1. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

2. O presente Artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

Art. 4º

1. Cada Estado Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura.
2. Cada Estado Parte punirá estes crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade”.

O Comitê aproveitou para esclarecer, nos termos do art. 1.2 da Convenção, que definições nacionais de tortura mais amplas favorecem o objeto e o propósito da Convenção, desde que observem os princípios por ela estabelecidos.

Atentem-se, portanto, para essa particularidade: para a Convenção da ONU contra a Tortura, o sujeito ativo do crime de tortura somente pode ser um funcionário público ou a pessoa que temporariamente exerce funções públicas. Diferentemente, a lei brasileira (Lei nº 9.455/97) admite tanto o funcionário público quanto o particular como sujeitos ativos do crime de tortura. A lei brasileira seria, portanto, inconvenção? A resposta é não, e isso porque a Convenção prevê em seu art. 1.2 que “O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo”.

Para o Comitê, ao tipificar o crime de tortura separadamente dos crimes de lesões ou outras infrações penais análogas, os Estados Partes estarão promovendo de forma direta o objetivo geral da Convenção de impedir a tortura e os maus tratos. Assim, o Comitê entende que a tipificação e a definição deste crime promoverá o objetivo da Convenção, em particular advertindo a todos – aos autores, às vítimas e ao público em geral – da gravidade especial do crime de tortura.

No contexto da prevenção da tortura em estabelecimentos de privação de liberdade, o Comitê frequentemente faz recomendações aos Estados Partes destacando algumas garantias básicas que devem ser observadas por eles, tais como: a) manter um registro oficial das pessoas presas; b) manter as pessoas presas informadas sobre os seus direitos; c) observar o direito à assistência médica e letrada; d) garantir o direito de as pessoas presas se comunicarem com seus familiares; e) estabelecer mecanismos imparciais para inspecionar e visitar os lugares de detenção e de encarceramento; e f) assegurar a existência de recursos jurisdicionais e de outra natureza às pessoas presas para que, sem demora, possam ter o seu pleito analisado de forma imparcial pelo Poder Judiciário.

Prosseguindo, para o Comitê, os Estados Partes têm a obrigação de adotar medidas eficazes para impedir que as autoridades ou outras pessoas que atuem à título oficial cometam diretamente, instiguem, incitem, fomentem ou tolerem atos de tortura, ou de qualquer outra forma participem ou sejam cúmplices destes atos.

O Comitê ainda deixou claro que quando autoridades do Estado ou outras pessoas que atuam à título oficial têm conhecimento ou motivos fundados para acreditar que sujeitos privados ou atores não estatais praticam atos de tortura ou maus tratos e não exercem a devida diligência para impedir, investigar, processar e punir estes sujeitos, o Estado é responsável e seus funcionários devem ser considerados autores, cúmplices ou responsáveis por outro conceito em virtude da Convenção por consentirem ou tolerarem

estes atos inaceitáveis. O Comitê tem aplicado este princípio, por exemplo, nos casos em que o Estado não impede atos de violência de gênero.

A respeito de medidas de prevenção, o Comitê ressaltou a importância de a população receber formação sobre a história, o alcance e a necessidade da proibição taxativa da tortura e dos maus tratos, e que as forças de segurança recebam uma formação que as permita detectar e impedir os atos de tortura e maus tratos.

5. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

O Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é o órgão responsável pelo monitoramento da implementação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Composto por 12 membros⁴⁵³, eleitos para exercerem suas funções a título pessoal – e não como representantes dos Estados –, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência conta com os seguintes mecanismos de proteção: a) relatórios periódicos; e b) petições individuais.

O Brasil ratificou e internalizou tanto a Convenção quanto o seu Protocolo Facultativo por meio do decreto de promulgação nº 6.949/2009, aceitando, então, a competência do Comitê para receber e processar petições individuais.

5.1. Comentário Geral nº 07/2018: Participação das pessoas com deficiência, incluídas crianças com deficiência, através das organizações que as representam, na aplicação e observância da Convenção

Vejamos o que dispõem os artigos 4.3 e 33.3 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

“Art. 4.3. Na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas.

Art. 33.3. A sociedade civil e, particularmente, as pessoas com deficiência e suas organizações representativas serão envolvidas e participarão no processo de monitoramento”.

O Comitê considera que as organizações de pessoas com deficiência deveriam se basear nos princípios e direitos reconhecidos na Convenção, comprometerem-se a aplicá-los e respeitá-los plenamente. Estas organizações somente podem ser dirigidas, administradas e governadas por pessoas com deficiência e a maioria dos seus membros devem ser pessoas com deficiência.

⁴⁵³ De acordo com o art. 34.2 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, “O Comitê será constituído, quando da entrada em vigor da presente Convenção, de 12 peritos. Quando a presente Convenção alcançar 60 ratificações ou adesões, o Comitê será acrescido em seis membros, perfazendo o total de 18 membros”.

5.2. Comentário Geral nº 06/2018: Igualdade e não discriminação

Assim estabelece o art. 5º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

“Igualdade e não-discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.
3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.
4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias”.

O Comitê inicia o presente Comentário Geral revelando a sua preocupação com o fato de que as leis e políticas dos Estados Partes sigam considerando a deficiência desde a perspectiva do modelo médico ou de beneficência, modelos estes que são incompatíveis com a Convenção.

O Comitê ressalta que a igualdade e a não discriminação são dois dos princípios e direitos mais fundamentais do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consistindo na pedra angular de todos os direitos humanos.

Na sequência, o Comitê esclarece a distinção entre os modelos médico e de direitos humanos sobre a concepção dos direitos das pessoas com deficiência:

“Os modelos médico ou individual de deficiência impedem que se aplique o princípio de igualdade às pessoas com deficiência. No modelo médico de deficiência não se reconhece as pessoas com deficiência como titulares de direitos, reduzindo-as às suas deficiências. (...) Os modelos médico ou individual foram utilizados para determinar as primeiras leis e políticas internacionais relacionadas com a deficiência, inclusive depois das primeiras tentativas de se aplicar o conceito de igualdade ao contexto da deficiência. A Declaração dos Direitos Retardados Mentais (1971) e a Declaração dos Direitos dos Impedidos (1975) foram os primeiros instrumentos de direitos humanos que continham disposições relativas à igualdade e à não discriminação das pessoas com deficiência. Embora estes primeiros documentos não fossem vinculantes em matéria de direitos humanos, eles abriram o caminho para aplicar um enfoque de igualdade à deficiência, embora se baseassem no modelo médico de deficiência, já que consideravam as deficiências um motivo legítimo para restringir ou denegar direitos. Estes documentos também adotaram expressões que atualmente são consideradas inadequadas ou obsoletas. Em 1993 se produziu um novo avanço com a aprovação das Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades

para as Pessoas com Deficiência, nas quais se proclamou a 'igualdade de oportunidades' como conceito fundamental das políticas e a legislação sobre a deficiência.

O modelo de deficiência baseado nos direitos humanos reconhece que a deficiência é uma construção social e que as deficiências não devem ser consideradas um motivo legítimo para denegar ou restringir os direitos humanos. Segundo este modelo, a deficiência é um dos diversos estratos da identidade. Portanto, as leis e políticas de deficiência devem ter em conta a diversidade de pessoas com deficiência. Este modelo também reconhece que os direitos humanos são interdependentes, indivisíveis e estão relacionados entre si" (§§ 8 e 9).

Prosseguindo, o Comitê ressalta que a igualdade de oportunidades, como princípio geral da Convenção em virtude do art. 3º, constitui um passo importante na transição de um modelo de igualdade formal para um modelo de igualdade substantiva. E isso porque, segundo o Comitê, a igualdade formal luta contra a discriminação direta tratando de maneira similar as pessoas que estão em situação similar. Com isso, ela pode ajudar a combater estereótipos negativos e os prejuízos, mas não pode oferecer soluções para o "dilema da diferença", já que não leva em conta nem aceita as diferenças entre os seres humanos. A igualdade substantiva, por sua vez, aborda também a discriminação indireta e estrutural, levando em conta as relações de poder. E assim, afirma o Comitê:

"A igualdade inclusiva é um novo modelo de igualdade que se desenvolve ao longo de toda a Convenção. Abrange um modelo de igualdade substantiva, ampliando e detalhando o conteúdo da igualdade nas seguintes dimensões: a) uma dimensão redistributiva justa para afrontar as desvantagens econômicas; b) uma dimensão de reconhecimento para combater o estigma, os estereótipos, os prejuízos e a violência, e para reconhecer a dignidade dos seres humanos e sua interseccionalidade; c) uma dimensão participativa para reafirmar o caráter social das pessoas como membros de grupos sociais e o reconhecimento pleno da humanidade mediante a inclusão na sociedade; e d) uma dimensão de ajustes para acomodar a diferença como aspecto da dignidade humana. A Convenção se baseia na igualdade inclusiva" (§ 11).

O Comitê ainda elucidou que a obrigação de proibir "toda discriminação" inclui todas as formas de discriminação, que, na prática internacional em matéria de direitos humanos, pode se manifestar principalmente de quatro formas, independentes ou simultaneamente:

"a) A 'discriminação direta' se produz quando, em uma situação análoga, as pessoas com deficiência recebem um tratamento menos favorável que outras pessoas devido a sua condição pessoal diferente por alguma causa relacionada com um motivo proibido. Inclui atos ou omissões que causem prejuízo e se baseiem em algum dos motivos proibidos de discriminação quando não exista uma situação similar comparável. O motivo ou a intenção da parte que tenha incorrido em discriminação não é pertinente para determinar se esta a produziu. Por exemplo, uma escola pública que se nega a admitir uma criança com deficiência para não ter que modificar os

programas escolares o faz unicamente por causa da deficiência, sendo um exemplo de discriminação direta;

b) A 'discriminação indireta' significa que as leis, as políticas ou as práticas são neutras na aparência, mas prejudicam de maneira desproporcional as pessoas com deficiência. Produz-se quando uma oportunidade, que aparentemente é acessível, em realidade exclui certas pessoas devido a que sua condição não lhes permite beneficiar-se dela. Por exemplo, se uma escola não proporciona livros em formato de leitura fácil, estaria incorrendo em discriminação indireta contra as pessoas com deficiência intelectual que, ainda que tecnicamente possam frequentar esta escola, de fato, devem se matricular em outra. Analogamente, se convoca-se um candidato com mobilidade reduzida para uma entrevista de emprego numa sala situada no segundo andar de um edifício sem elevador, teremos uma situação de desigualdade, ainda que tenha sido convocado para a entrevista;

c) A 'denegação de ajustes razoáveis', segundo o artigo 2º da Convenção, constitui discriminação se são denegadas as modificações e adaptações necessárias e adequadas (que não imponham um 'ônus desproporcional ou indevido') quando se requeiram para garantir o gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos ou liberdades fundamentais. São exemplos de denegação de ajustes razoáveis não admitir um acompanhante ou negar-se a realizar adaptações em favor de uma pessoa com deficiência;

d) O 'assédio' é uma forma de discriminação quando se produz um comportamento não desejado relacionado com a deficiência ou outro motivo proibido que tenha por objetivo ou consequência atentar contra a dignidade da pessoa e criar um entorno intimidatório, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo. Pode ocorrer mediante atos ou palavras que tenham por efeito perpetuar a diferença e a opressão das pessoas com deficiência. Deve-se prestar especial atenção às pessoas com deficiência que vivem em lugares segregados, como instituições residenciais, escolas especiais ou hospitais psiquiátricos, onde este tipo de discriminação é mais provável e resulta invisível, pelo que tem menos probabilidade de ser castigada. (...)” (§ 18).

Na sequência, o Comitê esclareceu que a discriminação pode se basear numa característica única, como a deficiência ou o gênero, ou em características múltiplas e/ou interrelacionadas. A discriminação interseccional se produz, portanto, quando uma pessoa com deficiência ou associada a uma deficiência experimenta algum tipo de discriminação por causa desta deficiência em combinação com a sua cor, sexo, idioma, religião, origem étnica, gênero ou outra condição.

Para o Comitê, a discriminação por motivos de deficiência pode afetar as pessoas que tenham uma deficiência neste momento, que tenham tido no passado, que tem predisposição a uma possível deficiência futura ou que tenham uma deficiência presumida, assim como as pessoas associadas a pessoas com deficiência. Esta última é reconhecida como “discriminação por associação”. Para o Comitê, o art. 5º da Convenção pretende erradicar e combater todas as situações de discriminação e condutas discriminatórias que estão vinculadas com a deficiência.

5.3. Comentário Geral nº 05/2017: Direito a viver de forma independente e a ser incluído na comunidade

Assim estabelece o art. 19º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

“Vida independente e inclusão na comunidade

Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que:

- a) As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia;
- b) As pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade;
- c) Os serviços e instalações da comunidade para a população em geral estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades”.

De acordo com o Comitê, a vida independente e inclusiva na comunidade é uma ideia historicamente procedente das pessoas com deficiência que reivindicaram exercer o controle sobre a maneira em que querem viver, mediante a criação de formas de apoio que as capacitem ao pleno exercício de seus direitos, como a assistência pessoal, e pedem que as instalações comunitárias se ajustem aos princípios do desenho universal.

O Comitê também ressalta que respeitar os direitos das pessoas com deficiência contemplados no art. 19 significa que os Estados Partes devem eliminar a institucionalização. Para isso, não devem construir novas instituições nem renovar as antigas para além das medidas urgentes necessárias para proteger a segurança física dos residentes. E ainda, os Estados Partes não devem ampliar as instituições, não devem admitir novos residentes quando outros as abandonem e não devem estabelecer sistemas de vida “satélite” que são uma ramificação das instituições, isto é, que tem aparência de uma forma de vida individual, mas que gravitam em torno das instituições.

5.4. Comentário Geral nº 04/2016: Direito à educação inclusiva

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabelece que “Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida (...)” (art. 24.1).

De acordo com o Comitê, a educação inclusiva deve ser entendida como:

- a) Um direito humano fundamental de todo aluno. Mais concretamente, a educação é um direito dos alunos e não dos pais ou cuidadores, no caso das crianças. As responsabilidades dos pais a esse respeito são submetidas aos direitos da criança.
- b) Um princípio que valora o bem-estar de todos os alunos, respeita sua dignidade e autonomia inerentes e reconhece as necessidades das pessoas à sua capacidade efetiva de serem incluídas na sociedade e contribuir com ela.
- c) Um meio para tornar efetivos outros direitos humanos. É o principal meio para que as pessoas com deficiência saiam da pobreza e obtenham os recursos para participar plenamente em suas comunidades e para se protegerem da exploração. Também é o principal meio para conseguir sociedades inclusivas.
- d) O resultado de um processo de compromisso contínuo e dinâmico para eliminar as barreiras que impedem o direito à educação, assim como de mudanças na cultura, as políticas e as práticas das escolas de educação geral para acolher e tornar efetiva a inclusão de todos os alunos" (§ 10).

O Comitê observa que em muitos países tem aumentado a educação privada. Para o Comitê, os Estados Partes devem reconhecer que o direito à educação inclusiva abrange a prestação de todos os serviços educativos, e não apenas os prestados pelas autoridades públicas. Além disso, os Estados Partes devem adotar medidas de proteção contra as violações dos direitos humanos por terceiros, inclusive pelo setor empresarial. A respeito do direito à educação, o Comitê ressalta que estas medidas devem abordar a obrigação de garantir a prestação de serviços de educação inclusiva e incluir, quando seja necessário, a legislação e a regulamentação, a vigilância, a supervisão, a aplicação e a adoção de políticas para determinar a forma em que as empresas podem influir nos desfrute e exercício dos direitos de forma efetiva pelas pessoas com deficiência. E ainda, para o Comitê, as instituições educativas, incluídas as instituições privadas e as empresas, não devem cobrar taxas adicionais pela integração da acessibilidade e/ou para realizar os ajustes razoáveis.

5.5. Comentário Geral nº 03/2016: As mulheres e meninas com deficiência

Vejamos o que estabelece a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em seu art. 6º:

"Mulheres com deficiência

1. Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.
2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção".

Segundo o Comitê, as mulheres com deficiência têm mais probabilidades de serem objeto de discriminação que os homens com deficiência e que as mulheres sem deficiência. O Comitê considera o art. 6º da Convenção um dispositivo transversal, que interage com todos os demais artigos da Convenção.

Sobre os direitos das mulheres com deficiência à saúde, sexuais, reprodutivos e de formar uma família, o Comitê ressaltou o seguinte:

“A fixação de estereótipos indevidos relacionados com a deficiência e o gênero é uma forma de discriminação que tem repercussões especialmente graves no desfrute da saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos, e também no direito de formar uma família. Os estereótipos nocivos a respeito das mulheres com deficiência incluem a crença de que são assexuais, incapazes, irracionais, carecem de controle e/ou são sexualmente hiperativas. Tal como as demais mulheres, as que apresentam deficiência têm direito a eleger o número e o espaçamento de seus filhos, assim como a exercer controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, incluindo sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito destas questões, sem se verem sujeitas à coerção, à discriminação e à violência” (§ 38).

5.6. Comentário Geral nº 02/2014: Acessibilidade

De acordo com o Comitê, a acessibilidade é uma condição prévia para que as pessoas com deficiência possam viver de forma independente e participar plenamente na sociedade em igualdade de condições. Sem acesso ao entorno físico, ao transporte, à informação e às comunicações, incluídos os sistemas e as tecnologias da informação, e a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, as pessoas com deficiência não teriam iguais oportunidades de participarem em suas respectivas sociedades.

Vejamos o que prevê o art. 9º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

“Acessibilidade

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

- a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;
- b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.

2. Os Estados Partes também tomarão medidas apropriadas para:

- a) Desenvolver, promulgar e monitorar a implementação de normas e diretrizes mínimas para a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público;
- b) Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência;
- c) Proporcionar, a todos os atores envolvidos, formação em relação às questões de acessibilidade com as quais as pessoas com deficiência se confrontam;
- d) Dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público de sinalização em braille e em formatos de fácil leitura e compreensão;
- e) Oferecer formas de assistência humana ou animal e serviços de mediadores, incluindo guias, leitores e intérpretes profissionais da língua de sinais, para facilitar o acesso aos edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público;
- f) Promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso a informações;
- g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet;
- h) Promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo”.

Sobre a diferença entre acessibilidade e ajustes razoáveis, o Comitê apresentou as seguintes considerações:

“A acessibilidade se relaciona com grupos de pessoas, enquanto que os ajustes razoáveis se referem a casos individuais. Isso significa que a obrigação de proporcionar acessibilidade é uma obrigação *ex ante*. Portanto, os Estados Partes têm a obrigação de proporcionar acessibilidade antes de receber um pedido individual para entrar num lugar ou utilizar um serviço. (...) As normas de acessibilidade devem ser amplas e uniformes. No caso das pessoas com deficiências raras que não foram levadas em conta na elaboração das normas de acessibilidade ou que não utilizam os modos, métodos ou meios previstos para garantir a acessibilidade (não leem em braille, por exemplo), a aplicação das normas de acessibilidade pode ser insuficiente para lhes garantir acesso. Em tais casos, podem ser aplicados ajustes razoáveis. Em conformidade com a Convenção, os Estados Partes não podem arguir medidas de austeridade como desculpa para evitar a implantação gradual da acessibilidade para pessoas com deficiência. A obrigação de estabelecer a acessibilidade é *incondicional*, o que significa que a entidade obrigada a outorga-la não pode se justificar por não cumpri-la alegando o ônus de fornecer acesso às pessoas com deficiência. O dever de ajustes razoáveis, pelo contrário, existe somente se a aplicação não representa uma carga indevida para a entidade.

A obrigação de realizar ajustes razoáveis é uma obrigação *ex nunc*, o que significa que estes são exigíveis desde o momento em que uma pessoa com uma deficiência os necessita numa determinada situação (...). Neste caso, as normas de acessibilidade podem servir como indicador, mas não podem ser consideradas obrigatórias. Os ajustes razoáveis podem ser utilizados como meio para garantir a acessibilidade à uma pessoa com uma deficiência numa situação particular. Com a introdução de ajustes razoáveis se pretende fazer justiça individual no sentido de garantir a não discriminação ou a igualdade, tendo em conta a dignidade, a autonomia e as escolhas da pessoa. Portanto, uma pessoa com uma deficiência rara pode solicitar ajustes que não estejam compreendidos no alcance de nenhuma norma de acessibilidade” (§§ 25 e 26).

5.7. Comentário Geral nº 01/2014: Igual reconhecimento como pessoa perante a lei

Vejam os que estabelece o art. 12 da Convenção:

“Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens”.

Não identificamos nenhum trecho relevante para destacar deste Comentário Geral, que apenas elucida mais minuciosamente o conteúdo e o alcance do art. 12 da Convenção.

6. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher

O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher é o órgão responsável pelo monitoramento da implementação da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Composto por 18 membros⁴⁵⁴, eleitos para exercerem suas funções a título pessoal – e não como representantes dos Estados –, o Comitê conta com os seguintes mecanismos de proteção: a) relatórios periódicos; b) petições individuais; e c) procedimento de inquérito.

O Brasil aceitou a competência do Comitê para receber e processar petições individuais com a ratificação e internalização do Protocolo Facultativo à Convenção por meio do decreto de promulgação nº 4.316/2002.

6.1. Comentário Geral nº 37/2018: As dimensões de gênero da redução do risco de desastres no contexto da mudança climática

De acordo com o entendimento do Comitê:

“A mudança climática está agravando tanto os riscos como os efeitos dos desastres no contexto mundial, com o aumento da frequência e da gravidade dos perigos meteorológicos e climáticos, o que se traduz numa maior vulnerabilidade das comunidades a esses perigos. (...) As consequências destes desastres para os direitos humanos são evidentes, a saber, a instabilidade política e econômica, a desigualdade crescente, a diminuição da segurança alimentar e hídrica e o aumento das ameaças à saúde e aos meios de subsistência. Embora a mudança climática tenha repercussões para todos, os mais vulneráveis a seus efeitos são os países e as populações que menos têm contribuído para ele, em particular as pessoas que vivem na pobreza, os jovens e as gerações futuras.

As mulheres, as meninas, os homens e os meninos se veem afetados de forma diferente pela mudança climática e pelos desastres, e muitas mulheres e meninas enfrentam maiores riscos, problemas e repercussões. As situações de crises ampliam as desigualdades de gênero já existentes e agravam as formas interrelacionadas de discriminação, especialmente contra as mulheres que vivem na pobreza, as mulheres indígenas, as mulheres pertencentes a grupos minoritários étnicos, raciais, religiosos e sexuais, as mulheres com deficiência, as refugiadas e as solicitantes de asilo, as deslocadas internas, as apátridas e as migrantes, as mulheres das zonas rurais, as mulheres solteiras, as adolescentes e as mulheres idosas, que sofrem as consequências de forma desproporcional na comparação com os homens e outras

⁴⁵⁴ De acordo com o art. 17.1 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, “Com o fim de examinar os progressos alcançados na aplicação desta Convenção, será estabelecido um Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (doravante denominado o Comitê) composto, no momento da entrada em vigor da Convenção, de dezoito e, após sua ratificação ou adesão pelo trigésimo-quinto Estado-Parte, de vinte e três peritos de grande prestígio moral e competência na área abarcada pela Convenção. Os peritos serão eleitos pelos Estados-Partes entre seus nacionais e exercerão suas funções a título pessoal; será levada em conta uma repartição geográfica equitativa e a representação das formas diversas de civilização assim como dos principais sistemas jurídicos”.

mulheres.

Em muitos contextos, as desigualdades de gênero limitam o controle que possuem as mulheres e as meninas sobre as decisões que regem suas vidas, como o acesso a alimentos, água, insumos agrícolas, terra, crédito, energia, tecnologias, educação, os serviços de saúde, uma moradia adequada, a proteção social e o emprego. Como resultado dessas desigualdades, as mulheres e as meninas têm mais probabilidades de ficar expostas aos riscos desencadeados pelos desastres e pelas perdas relacionadas com seus meios de subsistência, e são menos capazes de se adaptarem às mudanças das condições climáticas. (...)” (§§ 1º a 3º).

A partir deste contexto, de que as mudanças climáticas atingem de forma mais grave as mulheres, o Comitê desenvolveu diversas obrigações dos Estados no sentido de prevenir e mitigar esses danos.

6.2. Comentário Geral nº 36/2017: Direito das meninas e mulheres à educação

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral.

6.3. Comentário Geral nº 35/2017: Violência de gênero contra a mulher

Não identificamos nenhuma passagem ou trecho importante para destacar deste Comentário Geral, que apenas contextualiza a já conhecida violência de gênero contra a mulher e estabelece obrigações dos Estados para prevenir e punir este tipo de violência.

6.4. Comentário Geral nº 34/2016: Direitos das mulheres rurais

Vejamos o que prevê o art. 14 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher:

“1. Os Estados-Partes levarão em consideração os problemas específicos enfrentados pela mulher rural e o importante papel que desempenha na subsistência econômica de sua família, incluído seu trabalho em setores não-monetários da economia, e tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a aplicação dos dispositivos desta Convenção à mulher das zonas rurais.

2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular as segurar-lhes-ão o direito a:

- a) Participar da elaboração e execução dos planos de desenvolvimento em todos os níveis;
- b) Ter acesso a serviços médicos adequados, inclusive informação, aconselhamento e serviços em matéria de planejamento familiar;
- c) Beneficiar-se diretamente dos programas de seguridade social;

- d) Obter todos os tipos de educação e de formação, acadêmica e não-acadêmica, inclusive os relacionados à alfabetização funcional, bem como, entre outros, os benefícios de todos os serviços comunitário e de extensão a fim de aumentar sua capacidade técnica;
- e) Organizar grupos de auto-ajuda e cooperativas a fim de obter igualdade de acesso às oportunidades econômicas mediante emprego ou trabalho por conta própria;
- f) Participar de todas as atividades comunitárias;
- g) Ter acesso aos créditos e empréstimos agrícolas, aos serviços de comercialização e às tecnologias apropriadas, e receber um tratamento igual nos projetos de reforma agrária e de reestabelecimentos;
- h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações”.

O Comitê registrou que o art. 14 é a única disposição de um tratado internacional de direitos humanos que se refere especificamente às mulheres rurais (§ 2º).

6.5. Comentário Geral nº 33/2015: Acesso das mulheres à justiça

Para o Comitê, o direito de acesso à justiça compõe-se de seis elementos, essenciais e relacionados entre si, que são os seguintes: a justiciabilidade, a acessibilidade, a boa qualidade, a prestação de contas pelos sistemas de justiça e o oferecimento de recursos às vítimas. No contexto do acesso das mulheres à justiça, o Comitê fez as seguintes considerações sobre cada um destes elementos:

- “a) A justiciabilidade requer o acesso irrestrito da mulher à justiça, assim como a capacidade e o poder para reclamar seus direitos em virtude da Convenção;
- b) A disponibilidade exige o estabelecimento de tribunais e de outros órgãos quase judiciais ou de outro tipo em todo Estado parte, tanto em zonas urbanas como rurais e remotas, e sua manutenção e financiamento;
- c) A acessibilidade requer que os sistemas de justiça, tanto oficiais como quase judiciais, sejam seguros, possam ser pagos e resultem fisicamente acessíveis às mulheres, e sejam adaptados e apropriados segundo as necessidades das mulheres, incluídas as que enfrentam formas interseccionais ou compostas de discriminação;
- d) A boa qualidade dos sistemas de justiça requer que todos os componentes do sistema sejam ajustados às normas internacionais de competência, eficiência, independência e imparcialidade, e forneçam, de forma oportuna, recursos apropriados e efetivos que sejam executados e deem lugar a uma resolução sustentável da controvérsia que leve em conta as questões de gênero para todas as mulheres. Requer também que os sistemas de justiça se enquadrem num contexto, sejam dinâmicos, de participação, abertos às medidas práticas inovadoras, sensíveis às questões de gênero e tenham em conta as crescentes demandas de justiça que abordam as mulheres;

e) A aplicação de recursos requer que os sistemas de justiça ofereçam às mulheres uma proteção viável e uma reparação significativa de qualquer dano que possam ter sofrido (...);

f) A prestação de contas dos sistemas de justiça se garante mediante a vigilância do seu funcionamento para assegurar que funcionem conforme os princípios de justiciabilidade, disponibilidade, acessibilidade, boa qualidade e aplicação de recursos. A prestação de contas dos sistemas de justiça refere-se também à vigilância das ações dos profissionais que atuam neles e sua responsabilidade jurídica no caso de violarem a lei” (§ 14).

Entre as recomendações do Comitê sobre o elemento da justiciabilidade, destacamos o seguinte:

“Confrontem e eliminem obstáculos à participação das mulheres como profissionais em todos os órgãos e em todos os níveis dos sistemas de justiça, quase judiciais e provedores de serviços relacionados com a justiça. Adotem medidas, inclusive medidas especiais de caráter temporal, para assegurar que as mulheres estejam igualmente representadas na magistratura e em outros mecanismos de aplicação da lei, como os membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados, administradores, mediadores, funcionários encarregados de fazer cumprir a lei, funcionários judiciais e da justiça penal e especialistas, assim como em outras capacidades profissionais” (§ 15.f).

Em importante passagem deste Comentário Geral, o Comitê fez as seguintes considerações sobre os prejuízos causados para as mulheres em virtude dos estereótipos de gênero que frequentemente influenciam o funcionamento do sistema de justiça:

“Os estereótipos e os prejuízos de gênero no sistema judicial têm consequências de grande alcance para o pleno desfrute dos direitos humanos das mulheres. Podem impedir o acesso à justiça em todas as esferas da lei e podem afetar particularmente as mulheres vítimas e sobreviventes da violência. Os estereótipos distorcem as percepções e dão lugar a decisões baseadas em crenças pré-concebidas e mitos no lugar de fatos. Com frequência, os juízes adotam normas rígidas sobre o que consideram um comportamento apropriado da mulher e castigam as que não se ajustam a esses estereótipos. O estabelecimento de estereótipos afeta também a credibilidade das declarações, os argumentos e os depoimentos das mulheres, como partes e como testemunhas. Esses estereótipos podem fazer com que os juízes interpretem erroneamente as leis ou as apliquem de forma defeituosa. Isso tem consequências de grande alcance, por exemplo, no Direito Penal, uma vez que eles resultam em não responsabilizar legalmente os responsáveis pelas violações dos direitos das mulheres, mantendo assim uma cultura de impunidade. Em todas as esferas da lei, os estereótipos comprometem a imparcialidade e a integridade do sistema de justiça, que por sua vez pode dar lugar à denegação de justiça, incluída a revitimização das denunciante.

Os juízes e os árbitros não são os únicos agentes do sistema de justiça que aplicam, reforçam e perpetuam os estereótipos. Os membros do Ministério Público, os encarregados de fazer cumprir a lei e outros agentes muitas

vezes permitem estereótipos para influenciar investigações e julgamentos, especialmente em casos de violência baseados no gênero, e deixar que os estereótipos anulem as denúncias das vítimas e, ao mesmo tempo, apoiem as defesas apresentadas pelo suposto violador. Por conseguinte, os estereótipos estão presentes em todas as fases da investigação e do julgamento (...).

As mulheres têm que poder confiar num sistema judicial livre de mitos e de estereótipos, assim como numa magistratura cuja imparcialidade não se veja comprometida por essas suposições preconceituosas. A eliminação dos estereótipos judiciais nos sistemas de justiça é uma medida essencial para assegurar a igualdade e a justiça para as vítimas (...)” (§§ 26 a 28).

6.6. Comentário Geral nº 32/2014: Dimensões de gênero do estatuto de refugiada, o asilo, a nacionalidade e a apatridia das mulheres

O objetivo principal do Comentário Geral nº 32/2014 é contextualizar a proteção dos direitos humanos no contexto da migração quando se tratar de mulheres:

“O Comitê ressalta que os solicitantes de asilo buscam proteção internacional alegando que não podem regressar a seu país de origem porque tem um temor justificado a ser objeto de perseguição ou correm o risco de sofrer maus tratos ou outros danos graves. Além disso, ressalta que, em conformidade com o artigo 1 A 2) da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, os motivos de perseguição devem estar relacionados com um dos seguintes cinco motivos: raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opiniões políticas. Porém, no texto não se menciona a perseguição por razão de gênero. A presente recomendação geral pretende garantir que os Estados partes apliquem uma perspectiva de gênero na hora de interpretar os cinco motivos mencionados; considerem o fato de gênero para reconhecer o pertencimento a determinado grupo social para o fim de conceder o estatuto de refugiado em virtude da Convenção de 1951; e introduzam outros motivos de perseguição, concretamente o gênero e o sexo, na legislação e nas políticas nacionais relativas aos refugiados e solicitantes de asilo. Cabe observar que, em outros contextos internacionais, nacionais e regionais, também se concede asilo às pessoas que não podem ser devolvidas a seus países de origem devido, entre outras coisas, a ser objeto de ameaças que ponham em perigo suas vidas ou de tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes. Essas formas de proteção complementar também se contemplam nesta recomendação geral” (§ 13).

Mais a frente, o Comitê adverte que:

“(…) lhe preocupa o fato de que muitos sistemas de asilo sigam examinando com uma perspectiva machista as solicitações do estatuto de refugiado apresentadas pelas mulheres, o que às vezes dá lugar a que estas solicitações não sejam avaliadas corretamente ou sejam denegadas. Ainda que o gênero não seja mencionado explicitamente na definição de refugiado que figura na Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, é possível determinar a forma de perseguição ou dano sofrido pelas mulheres e as razões desse

tratamento ou influenciá-lo. A definição prevista na Convenção de 1951, devidamente interpretada, abarca as solicitações do estatuto de refugiado por motivos de gênero. A esse respeito cabe ressaltar que, quando nos procedimentos de asilo não se leva em conta a situação ou as necessidades especiais das mulheres, pode ocorrer que as solicitações destas não sejam examinadas com a atenção necessária. Por exemplo, poderia ocorrer que as autoridades encarregadas de conceder asilo entrevistassem somente o “cabeça da família” ou não proporcionassem entrevistadores e intérpretes de sexo feminino para que as mulheres apresentassem suas solicitações num entorno seguro no qual sejam levadas em conta as questões de gênero ou que talvez entrevistassem as mulheres solicitantes de asilo na presença de seus cônjuges ou de seus parentes homens, os quais poderiam ser, de fato, a causa ou as causas de suas denúncias (§ 16).

A partir deste contexto, o Comitê formulou diversas recomendações aos Estados partes, entre as quais destacamos as seguintes:

“Os Estados partes devem interpretar a definição de ‘refugiado’ que figura na Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados de uma maneira conforme às obrigações de não discriminação e igualdade; incorporar plenamente um enfoque que tenha em conta as questões de gênero no momento de interpretar todos os motivos reconhecidos legalmente; examinar, caso necessário, as solicitações relacionadas com o gênero à luz do motivo de pertencimento a determinado grupo social; e considerar a possibilidade de incluir o gênero e o sexo, ademais da condição de lésbica, bissexual ou transgênero e outras condições, na lista de motivos que justificam a solicitação do estatuto de refugiado recolhidos em sua legislação nacional em matéria de asilo” (§ 38).

“Os procedimentos de asilo do Estados partes devem garantir às mulheres a possibilidade de apresentar solicitações de asilo de forma independente e de serem escutadas separadamente, ainda que integrem uma família solicitante de asilo. (...) (§ 42).

6.7. Comentário Geral nº 31/2014: Direito das crianças sobre as práticas nocivas⁴⁵⁵

Sobre o conceito de “práticas nocivas”, os Comitês fizeram as seguintes observações:

“As práticas nocivas são práticas e formas de conduta persistentes que se fundamentam na discriminação por razão de sexo, gênero e idade, entre outras coisas, além de formas múltiplas ou interrelacionadas de discriminação que conduzem à violência e causam sofrimentos ou danos físicos ou psíquicos. O dano que semelhantes práticas ocasionam às vítimas ultrapassa as consequências físicas e mentais imediatas e têm como propósito menosprezar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais das mulheres e das crianças. Além disso, tais práticas repercutem negativamente em sua dignidade, integridade e de-

⁴⁵⁵ Adotado conjuntamente com o Comitê dos Direitos da Criança.

envolvimento físico, psicossocial e moral, sua participação, sua saúde, sua educação e sua situação econômica e social. Por isso, as práticas repercutem no trabalho de ambos Comitês.

Para o fim da presente recomendação ou observação geral conjunta, para que sejam consideradas nocivas, as práticas devem se ajustar aos seguintes critérios:

- a. Constituir uma negação da dignidade ou integridade da pessoa e uma violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nas duas Convenções;
- b. Representar uma discriminação contra as mulheres ou crianças e ser nocivas na medida em que comportam consequências negativas para seus destinatários como pessoas ou grupos, incluídos danos físicos, psicológicos, econômicos e sociais ou violência e limitações a sua capacidade para participar plenamente na sociedade e desenvolver todo o seu potencial;
- c. São práticas tradicionais ou emergentes estabelecidas ou mantidas por normas sociais que perpetuam o predomínio do sexo masculino e da desigualdade de mulheres e meninas por razão de sexo, gênero, idade e outros fatores interrelacionados;
- d. As mulheres e meninas são sujeitas à autoridades de familiares, membros da comunidade ou da sociedade em geral, impedindo que a vítima preste ou possa prestar seu consentimento pleno, livre e informado" (§§ 15 e 16).

Depois, os Comitês passa a reprovar algumas práticas nocivas concretamente, como a mutilação genital feminina e o casamento em idade precoce. Mais a frente, os Comitês expuseram seu entendimento contrário à poligamia:

"A poligamia viola a dignidade das mulheres e meninas, violando seus direitos humanos e liberdades, incluídas a igualdade e a proteção no seio da família. (...)

Os Estados partes na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher têm obrigações explícitas de desencorajar e proibir a poligamia porque é contrária à Convenção. O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher também afirma que a poligamia tem graves consequências para o bem estar econômico das mulheres e de seus filhos" (§ 25 e seguintes).

Na sequência, os Comitês reprovaram o tratamento jurídico-penal que os Estados conferem aos crimes praticados contra as mulheres, geralmente considerando-os "crimes de honra", sem acarretarem uma consequência mais gravosa para os autores:

"Os delitos cometidos por motivos de 'honra' são atos de violência praticados de forma desproporcional, ainda que não exclusivamente, contra mulheres e meninas, porque os familiares consideram que um determinado comportamento, subjetivo ou real, trará a desonra à família ou comunidade. Comportamentos deste tipo são, por exemplo, manter relações sexuais antes de contrair casamento, negar-se a aceitar um casamento arranjado, contrair casamento sem o consentimento dos pais, cometer adultério, pedir o di-

vórcio, vestir-se de uma maneira que a comunidade considere inaceitável, trabalhar fora de casa ou, em geral, não se ajustar aos papéis estereotipados designados para cada gênero. Também podem ser praticados crimes por motivos de ‘honra’ contra meninas e mulheres porque estas foram vítimas de violência sexual.

Estes delitos incluem o assassinato e com frequência são praticados pelo cônjuge, um familiar ou um membro da comunidade da vítima. Em vez de considerá-los como atos delitivos contra as mulheres, a comunidade costuma aprovar os crimes cometidos por motivo de ‘honra’ como um meio para preservar ou restabelecer a integridade de suas normas culturais, tradicionais, costumeiras ou religiosas depois das supostas transgressões. Em alguns contextos, a legislação nacional ou sua aplicação prática, ou a sua ausência, permite que a defesa da honra se apresente como uma circunstância que isenta ou atenua a responsabilidade dos autores deste tipo de crime, o que acarreta penas reduzidas ou impunidade. (...)” (§ 29 e 30).

Diante deste entendimento, os Comitês recomendaram aos Estados “Que derroguem sem demora toda a legislação que consente, permite ou propicia as práticas nocivas, incluídas as leis tradicionais, costumeiras ou religiosas e qualquer legislação que aceite a defesa da ‘honra’ como justificativa ou circunstância atenuante na prática de crimes por motivos de ‘honra’” (55.c).

Assim, a compreensão frequentemente encontrada na prática judicial brasileira, no sentido de proteger a honra do agressor isentando-lhe de responsabilidade penal ou atenuando a sua pena em razão de ter praticado o crime sob violenta emoção (CP, art. 121, § 1º), deve ser considerada contrária ao entendimento firmado no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

6.8. Comentário Geral nº 30/2013: Sobre as mulheres na prevenção de conflitos, situações de conflito e pós-conflito

O Comitê relembrou que, conforme o Direito Internacional Humanitário, “(...) as mulheres afetadas por conflitos armados têm direito a proteções gerais, que se aplicam tanto às mulheres como aos homens, e a algumas proteções específicas limitadas, em particular contra o estupro, a prostituição forçada e qualquer outra forma de atentado ao pudor; na distribuição dos envios de socorro deve se dar prioridade às mulheres grávidas, as paritricas e às mães lactantes nos conflitos armados internacionais; a detenção em locais separados dos ocupados pelos homens e sua vigilância imediata a cargo de mulheres; e a proteção frente à pena de morte das mulheres grávidas ou mães de crianças dependentes ou de pouca idade” (§ 20).

No mais, o Comitê apenas reforçou as obrigações dos Estados em relação às mulheres nas mais diversas áreas pré e pós conflitos armados.

6.9. Comentário Geral nº 29/2013: Consequências econômicas do casamento, das relações familiares e sua dissolução

Considerado o Direito brasileiro, não identificamos neste Comentário Geral nenhum trecho ou passagem relevante para destacar.

6.10. Comentário Geral nº 28/2010: As principais obrigações dos Estados partes nos termos do artigo 2º da Convenção

Não identificamos nenhum trecho ou passagem deste Comentário Geral para destacar.

6.11. Comentário Geral nº 27/2010: Proteção dos direitos humanos de mulheres idosas

De acordo com o Comitê, “Na presente recomendação geral sobre as mulheres idosas e a promoção dos seus direitos se estuda a relação entre os artigos da Convenção e o envelhecimento” (§ 9º). Para o Comitê, os Estados devem:

“(…) reconhecer que as mulheres idosas são um recurso importante para a sociedade e têm a obrigação de adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para eliminar a discriminação contra as mulheres idosas. Os Estados partes devem adotar políticas e medidas, incluídas medidas especiais de caráter temporal, que levem em consideração o gênero e a idade, em conformidade com o artigo 4.1 da Convenção (...) para garantir que as mulheres idosas possam participar plena e efetivamente na vida política, social, econômica, cultural e civil, assim como em qualquer outro âmbito da sociedade” (§ 29).

No mais, o Comitê apenas associou cada direito previsto na Convenção à condição específica da mulher idosa, emitindo recomendações aos Estados para melhor assegurar-las.

6.12. Comentário Geral nº 26/2008: Trabalhadoras migrantes

Para o Comitê, “Ainda que a migração ofereça novas oportunidades e possa ser um meio de empoderamento econômico ao propiciar uma participação mais ampla, também pode colocar em perigo os direitos humanos e a segurança da mulher. Por isso, a presente recomendação geral tem por fim abordar em detalhe as circunstâncias que contribuem para a vulnerabilidade particular de muitas mulheres migrantes e suas experiências a respeito da discriminação por motivo de gênero e de sexo como causa e consequência da violação dos seus direitos humanos” (§ 2º).

O Comitê também ressaltou que:

“Embora tanto homens como mulheres migrem, a migração não é um fenômeno independente do gênero. A situação das mulheres migrantes é diferente no que diz respeito às causas legais de migração, os setores para os quais elas migram, os abusos de que são vítimas e as consequências que sofrem por isso. Para compreender as formas concretas que afetam as mulheres é mister examinar a migração da mulher desde a perspectiva da desigualdade entre os gêneros, as funções tradicionais da mulher, o desequilíbrio do mercado laboral desde o ponto de vista do gênero, a prevalência generalizada da violência por motivo de gênero e a feminização da pobreza e a migração laboral a nível mundial. A incorporação de uma perspectiva de gênero reveste, portanto, uma importância essencial para a análise da situação das mulheres migrantes e a elaboração de políticas para combater a

discriminação, a exploração e o abuso de que são vítimas” (§ 5º).

Diante deste contexto, o Comitê fez diversas recomendações – comuns e específicas – aos países de saída e de destino das mulheres migrantes.

6.13. Comentário Geral nº 25/2004: Medidas especiais de caráter temporário

De acordo com a Convenção, “A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados” (art. 4.1).

Para o Comitê, “O alcance e o significado do parágrafo 1º do artigo 4º devem ser determinados no contexto do objeto e fim geral da Convenção, que é a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher com o objetivo de alcançar a igualdade *de jure* e *de facto* entre homem e mulher no gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de ambos” (§ 4º).

O Comitê precisou o conteúdo das expressões “temporal”, “especiais” e “medidas”:

“O parágrafo 1º do artigo 4º indica expressamente o caráter ‘temporal’ destas medidas especiais. Portanto, não se deve considerar que essas medidas são necessárias para sempre, ainda quando o sentido da expressão ‘temporal’ possa, de fato, ensejar a aplicação destas medidas durante o período longo. A duração de uma medida especial de caráter temporal deve ser determinada tendo em conta o resultado funcional que tem aos fins da solução de um problema concreto e não estabelecendo um prazo determinado. As medidas especiais de caráter temporal deve ser suspensas quando os resultados desejados tenham sido alcançados e hajam sido mantidos durante um período de tempo.

O termo ‘especiais’, embora se ajuste à terminologia empregada no campo dos direitos humanos, também deve ser explicado detidamente. Seu uso às vezes descreve as mulheres e outros grupos objeto de discriminação como grupos débeis e vulneráveis que necessitam de medidas extraordinárias ou ‘especiais’ para participar ou competir na sociedade. Não obstante, o significado real do tempo ‘especiais’ na formulação do parágrafo 1º do artigo 4º é que as medidas estejam destinadas a alcançar um objetivo específico.

O termo ‘medidas’ abarca uma ampla gama de instrumentos, políticas e práticas de índole legislativa, executiva, administrativa e regulamentar, como podem ser os programas de divulgação ou apoio, a distribuição ou redistribuição de recursos, o tratamento preferencial, a determinação de metas em matéria de contratação e promoção, os objetivos quantitativos relacionados com prazos determinados e os sistemas de cotas. A eleição de uma ‘medida’ em particular dependerá do contexto em que se aplique o parágrafo 1º do artigo 4º e do objetivo concreto que se busque alcançar” (§ 20 e seguintes).

6.14. Comentário Geral nº 24/1999: A mulher e a saúde

Vejamos o que prevê o art. 12 da Convenção:

“1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar.

2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1o, os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriadas em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância”.

Após diversas considerações sobre o direito das mulheres à saúde, o Comitê fez as seguintes recomendações aos Estados:

“Os Estados Partes devem executar uma estratégia nacional ampla para fomentar a saúde da mulher durante todo seu ciclo de vida. Isso incluirá intervenções dirigidas à prevenção e ao tratamento de enfermidades e condições que preocupam a mulher, bem como respostas à violência contra as mulheres e garantir acesso universal a todas as mulheres a uma gama completa de serviços de saúde de alta qualidade e preços acessíveis, incluindo serviços de saúde sexual e genética.

Os Estados Partes devem designar recursos orçamentários suficientes, humanos e administrativos, para garantir que se destine à saúde da mulher uma parte do orçamento total da saúde comparável com a saúde do homem, tendo em conta suas diferentes necessidades em matéria de saúde.

Os Estados Partes também devem, em particular:

- a. Situar uma perspectiva de gênero no centro de todas as políticas e programas que afetem a saúde da mulher e garantir a participação desta no planejamento, na execução e na vigilância destas políticas e programas e na prestação dos serviços de saúde à mulher;
- b. Garantir a eliminação de todas as barreiras ao acesso da mulher aos serviços, à educação e à informação sobre saúde, inclusive na esfera da saúde sexual e genética e, em particular, designar recursos a programas orientados às adolescentes para a prevenção e tratamento de enfermidades venéreas, incluído o vírus HIV/AIDS;
- c. Dar prioridade à prevenção da gravidez não desejada mediante o planejamento da família e a educação sexual e reduzir as taxas de mortalidade derivadas da maternidade mediante serviços de maternidade sem risco e assistência pré-natal. Na medida do possível, deve reformar a legislação que puna o aborto a fim de abolir as medidas punitivas impostas a mulheres que se submetem a abortos;
- d. Supervisionar a prestação de serviços de saúde à mulher pelas organizações públicas, não governamentais e privadas para garantir a igualdade do acesso e a qualidade da atenção;
- e. Exigir que todos os serviços de saúde sejam compatíveis com os direitos

humanos da mulher, inclusive seus direitos à autonomia, intimidade, confidencialidade, consentimento e opção com conhecimento de causa;

- f. Garantir que os programas de estudos para a formação dos trabalhadores sanitários incluam cursos amplos, obrigatórios e que tenham em conta os interesses da mulher sobre sua saúde e seus direitos humanos, em especial a violência baseada no gênero" (§ 29 e seguintes).

6.15. Comentário Geral nº 23/1997: Vida política e pública

De acordo com o art. 7º da Convenção:

"Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do país e, em particular, garantirão, em igualdade de condições com os homens, o direito a:

- a) Votar em todas as eleições e referenda públicos e ser elegível para todos os órgãos cujos membros sejam objeto de eleições públicas;
- b) Participar na formulação de políticas governamentais e na execução destas, e ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais;
- c) Participar em organizações e associações não-governamentais que se ocupem da vida pública e política do país".

Para o Comitê:

"(...) A obrigação especificada neste artigo abarca todas as esferas da vida pública e política, não se limitando às indicadas nos itens a), b) e c) do parágrafo. A vida política e pública de um país é um conceito amplo. Refere-se ao exercício do poder político, especialmente ao exercício dos poderes legislativo, judicial, executivo e administrativo. O termo abarca todos os aspectos da administração pública e a formulação e execução da política nos níveis internacional, nacional, regional e local. O conceito abarca também muitos aspectos da sociedade civil, entre eles as juntas públicas e os conselhos locais e as atividades de organizações como são os partidos políticos, os sindicatos, as associações profissionais ou industriais, as organizações femininas, as organizações comunitárias e outras organizações que se ocupam da vida pública e política" (§ 5º).

A respeito dos fatores que contribuem para o afastamento da mulher da vida pública e política, o Comitê fez as seguintes considerações:

"Em todas as nações, os fatores mais importantes que têm impedido a capacidade da mulher para participar na vida pública têm sido os valores culturais e as crenças religiosas, a falta de serviços e o fato de que o homem não tem participado na organização do lar nem no cuidado e na criação dos filhos. Em todos os países, as tradições culturais e as crenças religiosas têm cumprido um papel no confinamento da mulher a atividades do âmbito privado e a tem excluído da vida pública ativa.

Liberada de algumas das tarefas domésticas, a mulher participaria mais plenamente na vida de sua comunidade. Sua dependência econômica do homem acaba por impedi-la de adotar decisões importantes de caráter político ou de participar ativamente na vida pública. (...)

A criação de estereótipos, até nos meios de comunicação, limita a vida política da mulher a questões como o meio ambiente, a infância e a saúde, excluindo responsabilidades em matéria de finanças, controle orçamentário e solução de conflitos. A pouca participação da mulher nas profissões de onde procedem os políticos também pode criar outro obstáculo. (...)” (§ 10 e seguintes).

Diante deste contexto, o Comitê fez diversas recomendações para os Estados, entre as quais a de criar e executar medidas temporais especiais para garantir a igualdade de representação das mulheres em todas as esferas da vida pública e política (§ 43). O Comitê também recomendou aos Estados que estabeleçam um equilíbrio entre mulheres e homens na ocupação de cargos de eleição pública (§ 45.a).

6.16. Comentário Geral nº 22/1995: Emenda do artigo 20 da Convenção

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.17. Comentário Geral nº 21/1994: A igualdade no casamento e nas relações familiares

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.18. Comentário Geral nº 20/1992: Reservas formuladas em relação à Convenção

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.19. Comentário Geral nº 19/1992: A violência contra a mulher

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.20. Comentário Geral nº 18/1991: As mulheres com deficiência

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.21. Comentário Geral nº 17/1991: Medição e quantificação do trabalho doméstico não remunerado da mulher e seu reconhecimento no produto interno bruto

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.22. Comentário Geral nº 16/1991: As mulheres que trabalham sem remuneração em empresas familiares rurais e urbanas

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.23. Comentário Geral nº 15/1990: Necessidade de evitar a discriminação contra a mulher nas estratégias nacionais de ação preventiva e luta contra a AIDS

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.24. Comentário Geral nº 14/1990: A circuncisão feminina

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.25. Comentário Geral nº 13/1989: Igual remuneração por trabalho de igual valor

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.26. Comentário Geral nº 12/1989: A violência contra a mulher

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.27. Comentário Geral nº 11/1989: Serviços de assessoramento técnico sobre as obrigações em matéria de apresentação de relatórios

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.28. Comentário Geral nº 10/1989: Décimo aniversário da aprovação da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.29. Comentário Geral nº 9/1989: Estatísticas relativas à condição da mulher

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.30. Comentário Geral nº 8/1988: Aplicação do artigo 8º da Convenção

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.31. Comentário Geral nº 7/1988: Recursos

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.32. Comentário Geral nº 6/1988: Mecanismo nacional efetivo e publicidade

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.33. Comentário Geral nº 5/1988: Medidas especiais temporárias

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.34. Comentário Geral nº 4/1987: Reservas

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.35. Comentário Geral nº 3/1987: Campanhas de educação e divulgação

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.36. Comentário Geral nº 2/1987: Apresentação de relatórios pelos Estados Partes

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

6.37. Comentário Geral nº 1/1986: Apresentação de relatórios pelos Estados Partes

Não identificamos nenhum trecho importante deste Comentário Geral para destacar.

7. Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias

O Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias é o órgão responsável pelo monitoramento da implementação da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Composto por 10 membros⁴⁵⁶, eleitos para exercerem suas funções a título pessoal – e não como representantes dos Estados –, o Comitê se vale dos seguintes mecanismos de proteção: a) relatórios periódicos; b) petições interestatais; e c) petições individuais.

Por meio da Mensagem de Acordos, Convênios, Tratados e Atos Internacionais nº 696/2010, o Ministério das Relações Exteriores remeteu ao Congresso Nacional o texto da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, sem indicar expressamente a data do depósito da assinatura pelo Brasil deste tratado junto à ONU⁴⁵⁷. De qualquer forma, o encaminhamento pelo Poder Executivo do texto do tratado ao Congresso Nacional autoriza a conclusão de que a assinatura foi devidamente formalizada. Para entrar em vigor na ordem jurídica interna, a Convenção ainda precisa passar pelas fases da aprovação congressional ou legislativa, ratificação e internalização por meio do decreto de promulgação.

7.1. Comentário Geral nº 4/2017: Obrigações dos Estados relativas aos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional nos países de origem, trânsito, destino e retorno⁴⁵⁸

Para os Comitês, “Toda criança, a todo momento, tem um direito fundamental à liberdade e à não ser detido como imigrante. (...) a detenção de qualquer criança pela situação de residência de seus pais constitui uma violação dos direitos da criança e contradiz o princípio do interesse superior desta. (...) nunca se deve prender crianças por razões relacionadas com sua situação migratória ou dos seus pais (...). A detenção de

⁴⁵⁶ De acordo com a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, “O Comitê é composto de dez peritos no momento da entrada em vigor da presente Convenção e, após a entrada em vigor desta para o quadragésimo primeiro Estado Parte, de catorze peritos de alta autoridade moral, imparcialidade e de reconhecida competência no domínio abrangido pela presente Convenção” (art. 72.1.b).

⁴⁵⁷ Ainda não consta na página do tratado mencionado a informação sobre a assinatura pelo Brasil: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en. Acesso em 08.10.2019.

⁴⁵⁸ Adotado em conjunto com o Comitê dos Direitos da Criança.

qualquer criança como imigrante deve estar proibida pela lei e esta proibição deve ser plenamente aplicada na prática" (§ 5º).

No contexto de diversas considerações sobre a criança na migração internacional, os Comitês formularam as seguintes recomendações para os Estados:

"[Os Estados devem garantir às crianças o direito de]

- a. Acessar o território, seja qual for a documentação que tenha ou não, e seja enviado às autoridades responsáveis por avaliar as necessidades de proteção de seus direitos, sem reduzir as garantias processuais;
- b. Ser notificados da existência de um procedimento e da decisão adotada no contexto dos procedimentos de imigração e asilo, suas implicações e as possibilidades de recurso;
- c. Contar com um funcionário ou juiz especializado que se ocupe do procedimento de imigração e poder realizar pessoalmente qualquer entrevista com profissionais formados em como se comunicar com crianças;
- d. Ser ouvidos e participar em todas as fases dos procedimentos e dispor de assistência jurídica de um tradutor ou intérprete;
- e. Ter acesso efetivo à comunicação com funcionários consulares e receber assistência consular, assim como proteção consular de seus direitos adaptada às necessidades da infância;
- f. Contar com a assistência de um procurador que tenha formação e experiência na representação de crianças em todas as fases dos procedimentos e comunicar-se livremente com seu representante, e ter acesso à assistência jurídica gratuita;
- g. Conseguir que se considere uma prioridade a aplicação de medidas e procedimentos relacionados com a infância, e também dispor de tempo suficiente para preparar esses procedimentos e contar com todas as garantias processuais;
- h. Recorrer da decisão perante um tribunal superior ou uma autoridade independente, com efeito suspensivo;
- i. No caso de crianças não acompanhadas e separadas de suas famílias, receber a nomeação de um tutor competente, o quanto antes possível, que sirva de garantia processual básica para o respeito do seu interesse superior;
- j. Ser plenamente informados durante todo o procedimento, junto com seu tutor ou assessor jurídico, e receber também informação sobre seus direitos e qualquer outra informação que possa afetá-los" (§ 17).

7.2. Comentário Geral nº 3/2017: Princípios gerais relativos aos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional⁴⁵⁹

De acordo com os Comitês, "O objetivo do presente comentário geral conjunto é proporcionar uma orientação autorizada sobre as medidas legislativas e de políticas e outras medidas apropriadas que devem ser adotadas para garantir o pleno cumprimento das obrigações contraídas em virtude das Convenções, a fim de proteger plenamente os di-

⁴⁵⁹ Adotado em conjunto com o Comitê dos Direitos da Criança.

reitos das crianças no contexto da migração internacional” (§ 7º).

Para os Comitês, os princípios gerais que devem regular a proteção dos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional são os princípios da não discriminação, do interesse superior da criança, do direito à vida, da sobrevivência e do desenvolvimento, assim como do direito da criança a expressar sua opinião em todos os assuntos que lhe afetem e que a sua opinião seja devidamente levada em conta (§ 19).

Sobre os princípio da não discriminação, os Comitês ressaltaram que ele deve ser o centro de todas as políticas e procedimentos de migração, incluídas as medidas de controle de fronteiras e independentemente da situação de residência das crianças ou de seus pais (§ 22).

7.3. Comentário Geral nº 2/2013: Direitos dos trabalhadores migrantes em situação irregular e de suas famílias

De acordo com o Comitê, “Para dissuadir os trabalhadores migrantes e suas famílias em situação irregular de entrarem ou permanecerem em seu território, os Estados recorrem cada vez mais a medidas repressivas como a penalização da migração irregular, a detenção administrativa e a expulsão. A tipificação da migração irregular como delito incentiva e promove a percepção entre a população de que os trabalhadores migrantes e suas famílias em situação irregular são ‘ilegais’, pessoas de segunda categoria ou pessoas que competem de maneira desleal para obter trabalhos e prestações sociais, o que incita a expressão de manifestações públicas contra a imigração, a discriminação e a xenofobia” (§ 2º). Sobre esse tema, a Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) estabeleceu como um dos princípios da política migratória brasileira a não criminalização da migração (art. 3º, III).

Nos termos do art. 5º da Convenção:

“Para efeitos da presente Convenção, os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias:

- a. São considerados documentados ou em situação regular se forem autorizados a entrar, permanecer e exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, ao abrigo da legislação desse Estado e das convenções internacionais de que esse Estado seja Parte;
- b. São considerados indocumentados ou em situação irregular se não preenchem as condições enunciadas na alínea a) do presente artigo”.

O Comitê entende que “(...) as expressões ‘em situação irregular’ ou ‘não documentados’ são a terminologia adequada que deve ser empregada para fazer referência à situação destes trabalhadores. O uso do termo ‘ilegal’ para descrever os trabalhadores migrantes em situação irregular é inadequado e deve ser evitado, já que tende a estigmatizá-los ao vinculá-los à delinquência” (§ 4º).

O Comitê também ressaltou que “O artigo 7º [da Convenção] proíbe tanto a discriminação direta como a indireta dos trabalhadores migrantes. Seguindo a jurisprudência de outros mecanismos internacionais de direitos humanos, existe discriminação indireta dos trabalhadores migrantes quando uma lei, política ou prática parece ser neutra, mas repercute de maneira desproporcional nos direitos das pessoas. Por exemplo, a exigência

de certificados de nascimento para a realização de matrículas escolares pode afetar de maneira desproporcional os trabalhadores migrantes em situação irregular, que frequentemente não possuem esses certificados ou lhes foram negados" (§ 20).

Reiterando seu entendimento a respeito da criminalização da migração irregular, o Comitê advertiu que "(...) considera que não constitui delito a cruzada da fronteira de um país sem a devida autorização ou documentação nem a permanência num país uma vez vencido o prazo autorizado. A penalização da entrada irregular num país vai além do interesse legítimo dos Estados partes de controlar e regulamentar a migração irregular e dá lugar a detenções desnecessárias. A entrada e a permanência num país podem constituir infrações administrativas, mas não são em si mesmas delitos contra as pessoas, os bens ou a segurança nacional" (§ 24).

Sobre o direito dos trabalhadores migrantes à seguridade social, vejamos o que prevê o art. 27 da Convenção:

"1. Em matéria de segurança social, os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias beneficiam, no Estado de emprego, de um tratamento igual ao que é concedido aos nacionais desse Estado, sem prejuízo das condições impostas pelas legislação nacional e pelos tratados bilaterais multilaterais aplicáveis. As autoridades competentes do Estado de origem e do Estado de emprego podem, em qualquer momento, tomar as disposições necessárias para determinar as modalidades de aplicação desta norma.

2. Se a legislação aplicável privar de uma prestação os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias, deverá o Estado de emprego ponderar a possibilidade de reembolsar o montante das contribuições efetuadas pelos interessados relativamente a essa prestação, na base do tratamento concedido aos nacionais que se encontrem em circunstâncias idênticas".

O Comitê emitiu uma interpretação importante a respeito deste dispositivo:

"O artigo 27, parágrafo 2º, dispõe que quando a legislação aplicável não permitir que os trabalhadores migrantes ou seus familiares gozem de uma prestação, o Estado parte de que se trate considerará a possibilidade de reembolsar-lhes o montante das contribuições que houverem aportado em relação a essas prestações, sobre a base da igualdade de tratamento com os nacionais. A esse respeito, os Estados partes devem expor razões objetivas em cada caso no qual se considere impossível o reembolso das referidas contribuições. A decisão de não reembolsar as contribuições aportadas pelos trabalhadores migrantes ou seus familiares não deve gerar uma discriminação por motivo de sua nacionalidade ou sua situação de imigração. O Comitê considera, ainda, que o direito de todo trabalhador migrante às prestações da seguridade social não deve ser afetado por uma mudança do lugar de trabalho.

A menção às contribuições no artigo 27, parágrafo 2º, não implica que a 'seguridade social' mencionada no parágrafo 1º desse artigo se refira unicamente aos sistemas contributivos de seguridade social. Uma interpretação

tão limitada seria contrária ao artigo 9º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que reconhece o direito à ‘seguridade social, inclusive ao seguro social’. Recordando que o artigo 9º do Pacto é aplicável a todos os trabalhadores migrantes, independentemente de sua situação legal no país e da documentação que possuem, o Comitê considera que a ‘seguridade social’ mencionada no artigo 27 da Convenção também abrange as prestações sociais não contributivas existentes e que os trabalhadores migrantes em situação irregular terão acesso a ditas prestações sem discriminação, na medida em que a legislação aplicável do Estado parte em questão preveja seu desfrute” (§§ 69 e 70).

Na sequência, o Comitê também destacou que “(...) nos casos de pobreza e vulnerabilidade extremas, os Estados partes devem prestar assistência social de emergência aos trabalhadores migrantes em situação irregular e a seus familiares, inclusive serviços de emergência para as pessoas com deficiência, durante o tempo que seja necessário, e recorda que embora muitos trabalhadores migrantes em situação irregular não participem nos planos contributivos, contribuem para o financiamento dos planos e programas sociais mediante o pagamento de impostos indiretos” (§ 71).

7.4. Comentário Geral nº 1/2011: Trabalhadores domésticos migrantes

De acordo com o entendimento do Comitê:

“Ainda que muitas das questões e preocupações relativas aos direitos humanos indicadas no presente comentário geral sejam aplicáveis a todos os trabalhadores domésticos, várias dessas questões e preocupações são específicas da situação dos trabalhadores domésticos que são migrantes. No geral, os trabalhadores migrantes correm um risco maior de sofrer determinadas formas de exploração e maus-tratos. Sua vulnerabilidade decorre principalmente de sua situação de isolamento e dependência, que pode se caracterizar pelos seguintes elementos: o isolamento que representa a vida num país estrangeiro, no qual se fala um idioma distinto, longe da família; a falta de sistemas de apoio básico e o desconhecimento da cultura e a legislação nacional em matéria de trabalho e migração; e a dependência do migrante a respeito do emprego e do empregador causada pelas dívidas contraídas para migrar, seu estatuto jurídico, as práticas dos empregadores que restringem sua liberdade para abandonar o lugar de trabalho, o simples fato de que seu lugar de trabalho é também às vezes seu único alojamento e a dependência dos familiares que deixaram em seu país de origem das remessas enviadas pelo migrante. As trabalhadoras domésticas migrantes enfrentam, ainda, outros riscos pelo fato de serem mulheres, por exemplo a violência de gênero. Esses riscos e fatores de vulnerabilidade são ainda mais graves no caso de trabalhadores migrantes não documentados ou em situação irregular, especialmente porque geralmente correm o risco de expulsão se entram em contato com as autoridades para solicitar proteção frente aos abusos de um empregador” (§ 7º).

A partir desse contexto, o Comitê estabeleceu que os Estados partes devem adotar

medidas apropriadas para dar a seus nacionais que estão considerando a possibilidade de migrar para trabalhar no serviço doméstico a informação sobre os direitos previstos na Convenção, assim como sobre os requisitos exigidos para sua admissão e seu emprego, bem como sobre seus direitos e obrigações segundo a lei e a prática do Estado de destino. Para o Comitê, essa obrigação pode ser cumprida mediante o fornecimento de:

- a) Informação sobre os diferentes tipos e regimes de trabalho doméstico;
- b) Informação básica sobre os marcos jurídicos nacionais e transnacionais aplicáveis;
- c) Informação essencial e perspectivas no que diz respeito a:
 - i) Comissões exigidas e dívida contraída em relação à migração;
 - ii) Aspectos familiares e os efeitos na vida familiar, como são a separação, o direito à visita de familiares ou ao regresso, a gravidez durante o emprego etc.;
 - iii) Outros riscos do trabalho doméstico fora do país de origem” (§ 28).

Mais a frente, o Comitê também indicou as obrigações das embaixadas e dos consulados a respeito da matéria:

“Ainda que o Estado de emprego seja o principal responsável pela proteção dos direitos dos trabalhadores domésticos migrantes, as embaixadas e os consulados dos Estados de origem devem participar ativamente na proteção dos direitos de seus nacionais empregados como trabalhadores domésticos migrantes. Em particular, sugere-se às embaixadas e aos consulados dos países de origem presentes nos países onde estão empregados seus nacionais como trabalhadores domésticos migrantes que, em coordenação com as autoridades dos países de emprego:

- c. Assegurem que haja pessoal devidamente preparado e mecanismos (incluindo uma linha telefônica de urgência) para receber e tramitar as denúncias dos trabalhadores domésticos migrantes, incluindo a prestação de assistência jurídica;
- d. Proporcionem orientação e facilitem alojamento apropriado aos trabalhadores domésticos migrantes, especialmente às mulheres e às crianças, que fujam de condições de empregos abusivas;
- e. Acelerem a expedição de documentos de viagem temporárias e de bilhetes de volta para evitar que os trabalhadores domésticos migrantes em dificuldade fiquem presos em centros de acolhida durante longos períodos;
- f. Recebam, registrem e comuniquem toda informação que possa ser de utilidade para os trabalhadores domésticos migrantes no país de emprego, assim como para os futuros trabalhadores migrantes no país de origem, no que diz respeito a:
 - i. As condições reais do país e do emprego;
 - ii. A experiência dos trabalhadores domésticos migrantes, em particular em relação com a viagem e a chegada, as comissões pagas e as dívidas contraídas para migrar, as repercussões familiares, os conflitos no lugar do trabalho, as questões relativas aos direitos e ao acesso à justiça (§ 62).

8. Comitê para os Direitos da Criança

O Comitê para os Direitos da Criança é o órgão responsável pelo monitoramento da implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança. Composto por 10 membros, eleitos para exercerem suas funções a título pessoal – e não como representantes dos Estados –, o Comitê se vale dos seguintes mecanismos de proteção: a) relatórios periódicos; b) petições individuais; c) petições interestatais; e d) procedimento de inquérito.

A Convenção sobre os Direitos da Criança conta com três protocolos facultativos, sendo um para ampliar as competências do Comitê (para receber e analisar petições individuais, por exemplo) – ainda não ratificado pelo Brasil –, um relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados (internalizado pelo Decreto 5.006/2004) e outro referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil (internalizado pelo Decreto 5.007/2007).

8.1. Comentário Geral nº 24/2019: Direitos das crianças no sistema de justiça⁴⁶⁰

No que diz respeito à idade mínima para responsabilização penal (IMRP), o Comitê fez as seguintes considerações:

“O art. 40.3 da Convenção sobre os Direitos da Criança requer que os Estados partes estabeleçam uma IMRP, mas não especifica a idade. Uma análise global de IMRP em 2019 indica que mais de 50 Estados partes têm aumentado a IMRP depois de terem ratificado a Convenção sobre os Direitos da Criança, e a idade mínima mais comum de responsabilidade penal internacional é de 14 anos.

Portanto, o Comitê recomenda aos Estados partes que tenham uma idade mínima mais alta, por exemplo de 15 ou 16 anos, e insta aos Estados partes para não reduzirem a idade mínima de responsabilidade penal em nenhuma circunstância, em conformidade com o artigo 41 da Convenção.

(...) O Comitê está preocupado com a prática que permite exceções ao uso de uma idade mínima de responsabilidade penal inferior nos casos em que a criança é acusada, por exemplo, de cometer um crime grave. Estas práticas geralmente são criadas para responder à pressão pública e não se baseiam numa compreensão racional do desenvolvimento das crianças. O Comitê recomenda encarecidamente que os Estados partes eliminem este enfoque e estabeleçam uma idade parametrizada abaixo da qual as crianças não podem ser consideradas responsáveis em direito penal, sem exceção” (§ 21 e seguintes).

Sobre o sistema adotado por alguns Estados partes de verificar no caso concreto a maturidade para ser responsabilizado penalmente, o Comitê ressaltou o seguinte:

“(…) Inicialmente desenhado como um sistema de proteção, não tem sido assim na prática. Embora exista certo apoio à ideia de uma análise indi-

⁴⁶⁰ Este Comentário Geral nº 24/2019 substitui o Comentário Geral nº 10/2007.

vidualizada da responsabilidade penal, o Comitê tem observado que isso aumenta muito a discricionariedade do tribunal e dá lugar a práticas discriminatórias” (§ 26)

Embora o Comitê admita, como vimos anteriormente, o estabelecimento da maioridade penal em idade inferior a 18 anos, a sua recomendação é distinta:

“O Comitê recomenda aos Estados partes que não limitem a aplicabilidade de seu sistema de justiça juvenil a crianças menores de 16 anos, ou que permitam, de forma excepcional, que certas crianças sejam tratadas como delinquentes adultos (por exemplo, devido à categoria do crime), que devem mudar suas leis para garantir uma aplicação plena e não discriminatória de seu sistema de justiça juvenil a todas as pessoas menores de 18 anos no momento do crime (...).

O Comitê recomenda aos Estados partes que permitam a aplicação do sistema de justiça infantil a pessoas de 18 anos ou mais, seja como uma regra geral ou como exceção. Este enfoque está em consonância com a evidência de desenvolvimento e neurociência que mostra que o desenvolvimento do cérebro continua até os 20 anos” (§§ 31 e 32).

Em interessante abordagem, o Comitê esclareceu que “Nos casos em que um jovem comete vários delitos, alguns antes e outros depois de completar 18 anos, os Estados partes deveriam considerar a possibilidade de estabelecer normas processuais que permitam aplicar o sistema de justiça juvenil a todos os crimes quando existam motivos razoáveis para fazê-lo” (§ 36).

O Comitê também advertiu que “As penas mínimas obrigatórias são incompatíveis com o princípio da proporcionalidade da justiça de crianças e com o requisito de que a detenção seja uma medida de último recurso e pelo período de tempo mais curto possível” (§ 78).

8.2. Comentário Geral nº 23/2017: Obrigações dos Estados relativas aos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional nos países de origem, trânsito, destino e retorno⁴⁶¹

Remetemos o leitor para as anotações feitas no Comentário Geral nº 4/2017 do Comitê de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes.

8.3. Comentário Geral nº 22/2017: Princípios gerais relativos aos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional⁴⁶²

Remetemos o leitor para as anotações feitas no Comentário Geral nº 3/2017 do Comitê de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes.

⁴⁶¹ Adotada conjuntamente com o Comitê de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes.

⁴⁶² Adotada conjuntamente com o Comitê de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes.

8.4. Comentário Geral nº 21/2017: Crianças de rua⁴⁶³

O objetivo deste Comentário Geral é proporcionar “(...) aos Estados uma orientação bem fundamentada sobre como desenvolver estratégias nacionais amplas e a longo prazo sobre as crianças da rua, fazendo uso de um enfoque integral de direitos humanos e contemplando mecanismos tanto de prevenção como de resposta que se ajustem à Convenção sobre os Direitos da Criança. Embora a Convenção não faça referência explícita às crianças da rua, todas as suas disposições são aplicáveis a elas, que experimentam a violação da grande maioria dos artigos da Convenção” (§ 2º).

O Comitê esclareceu que a expressão “crianças de rua” compreende, para os fins deste Comentário Geral: “a) as crianças que dependem da rua para viver e/ou trabalhar, seja por si só, com outras crianças ou com sua família; e b) um conjunto mais amplo de crianças que tem vínculos sólidos com os espaços públicos e para quem a rua desempenha um papel fundamental em sua vida cotidiana e sua identidade. Esta população mais ampla inclui as crianças que periodicamente (...) vivem e/ou trabalham na rua e as crianças que não vivem nem trabalham na rua, mas que acompanham habitualmente na rua seus companheiros, irmãos ou familiares. (...)” (§ 4º).

A seguir, o Comitê critica as abordagens assistencialista e repressiva das crianças de rua:

“Utilizam-se diferentes enfoques a respeito das crianças de rua, às vezes de forma conjunta. Entre eles figuram um enfoque baseado nos direitos da criança, segundo o qual se respeita a criança como titular de direitos e as decisões são adotadas conjuntamente com ele; um enfoque assistencial, consistente em ‘resgatar’ da rua a criança que se percebe como um objeto ou uma vítima e em função da qual as decisões são adotadas em nome da criança sem levar seriamente em conta suas opiniões; e um enfoque repressivo, segundo o qual se percebe a criança como um delinquente. Os enfoques assistencial e repressivo não têm em conta a criança como titular de direitos e buscam como resultado a expulsão das crianças da rua à força, o que viola ainda mais seus direitos. De fato, não é porque se alega que os enfoques assistencial e repressivo servem ao interesse superior da criança que estes são baseados nos direitos. Para aplicar a Convenção, é indispensável utilizar um enfoque baseado nos direitos da criança” (§ 5º).

Para o Comitê, as crianças de rua estão sujeitas a uma discriminação sistêmica, que pode ser direta, indireta e também múltipla e interseccional:

“A discriminação pode ser direta ou indireta. A discriminação direta inclui enfoques políticos desproporcionais para ‘fazer frente à falta de moradia’ pelo que se realiza um trabalho repressivo para impedir a mendicância, a

⁴⁶³ Seguiremos o termo “crianças de rua” adotado pelo Comitê, mas consideramos tecnicamente – e sobretudo socialmente – mais adequada a expressão “crianças em situação de rua”. No direito interno, tem-se evitado a utilização das expressões “morador de rua” ou “criança de rua”, que transmitem uma sensação de permanência, de *condição* da pessoa. Acertadamente, o Decreto nº 7.053/2009, utiliza a expressão “pessoa em situação de rua”, que, por sua vez, transmite a sensação de temporariedade.

vadiagem, a vagabundagem, o assédio e a extorsão realizados pela polícia de forma seletiva. A discriminação direta pode incluir: a negativa da polícia de levar a sério as denúncias de roubo ou atos de violência apresentadas por crianças de rua; o tratamento discriminatório nos sistemas de justiça juvenil; a negativa dos trabalhadores sociais, mestres ou profissionais de atenção à saúde a trabalhar com crianças de rua; o assédio, a humilhação e a intimidação por parte de colegas e docentes nas escolas. A discriminação indireta inclui as políticas que dão lugar à exclusão dos serviços básicos, como saúde e educação por exemplo, ao exigir o pagamento ou a apresentação de documentos de identidade. (...) As crianças podem ser objeto de formas múltiplas e interrelacionadas de discriminação, como por exemplo decorrente de gênero, orientação sexual e a identidade ou expressão de gênero, a deficiência, a raça, a origem étnica, a condição de indígena, a situação de imigração e o pertencimento a outras minorias, devido em particular a que entre as crianças da rua há uma representação excessiva de grupos minoritários. As crianças que são objeto de discriminação são mais vulneráveis à violência, aos maus-tratos, à exploração, às infecções de transmissão sexual, incluído o HIV, e sua saúde e seu desenvolvimento correm maior perigo. Recorda-se aos Estados que garantir o direito à não discriminação não é somente uma obrigação passiva de proibir todas as formas de discriminação, mas também exige que se adiantem para tomar medidas para garantir a eficácia da igualdade de oportunidades para todas as crianças a fim de que desfrutem dos direitos que lhes reconhece a Convenção. Isso requer a adoção de medidas positivas encaminhadas a corrigir uma situação de desigualdade substantiva. (...)” (§ 26).

O art. 15.1 da Convenção assegura o direito das crianças de realizar reuniões pacíficas. E o art. 15.2 da Convenção estabelece que esse direito somente pode ser limitado ou objeto de restrições que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, da proteção à saúde e à moral públicas ou da proteção dos direitos e liberdades dos demais. Interpretando estes dispositivos, o Comitê ressaltou que:

“(...) as medidas policiais ou de outra natureza relacionadas com a ordem pública somente são admissíveis quando se ajustam à lei, supõem uma apreciação individual e não coletiva, respeitam o princípio da proporcionalidade e representam a opção menos intrusiva. Essas medidas não devem ser aplicadas a um grupo ou sobre uma base coletiva. Isso significa que o assédio, a violência, as incursões e as batidas contra as crianças de rua, entre outras circunstâncias no contexto de grandes acontecimentos políticos, públicos ou esportivos, ou outras intervenções que restrinjam ou desprezem seu direito de associação e de reunião pacífica, violam o artigo 15, parágrafo 2º. (...)” (§ 39).

Sobre a relação das crianças de rua com a justiça penal juvenil, o Comitê fez a seguintes advertência:

“As crianças de rua têm mais probabilidade de converterem-se em vítimas,

ser tratados como delinquentes e acabarem perante a justiça juvenil ou para adultos, e menos possibilidades de beneficiarem-se de medidas extrajudiciais, medidas alternativas à detenção ou medidas de justiça restaurativa, já que não podem custear uma fiança e quiçá não tenham um adulto que responda por elas. As condutas indevidas da polícia, que podem consistir em assédio (...), corrupção, extorsão (...) e violência física, psicológica ou sexual, constituem violações frequentes dos direitos que os Estados devem tipificar como delito de forma urgente. O Comitê está preocupado com a aplicação de políticas de 'tolerância zero' que tratam como delinquentes as crianças de rua e dão lugar a sua internação forçada. (...)” (§ 60).

No mais, o Comitê fez diversas recomendações para os Estados no contexto da aplicação de cada artigo da Convenção sobre os Direitos da Criança às crianças de rua.

8.5. Comentário Geral nº 20/2016: Efetividade dos direitos da criança durante a adolescência

Para o Comitê:

“A adolescência é um período da infância valioso em si mesmo, mas também é um período de transição e oportunidade decisiva para ampliar as possibilidades na vida. As intervenções e experiências positivas na primeira infância facilitam o desenvolvimento ótimo das crianças em seu processo até a adolescência. Porém, todo investimento nos jovens pode ser em vão se não se presta atenção aos seus direitos durante a adolescência. Além disso, as oportunidades positivas e de apoio durante a adolescência podem ser utilizadas para contrastar algumas das consequências dos danos sofridos durante a primeira infância e assim gerar resiliência para mitigar danos futuros. Assim, o Comitê ressalta a importância da adoção de uma perspectiva que tenha em conta todo o curso da vida” (§ 11).

O Comitê explicou que certos grupos de adolescentes podem se ver especialmente afetados por múltiplos fatores de vulnerabilidade e violações de direitos, como a discriminação e a exclusão social. Sobre os adolescentes gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros e intersexuais, o Comitê fez as seguintes considerações:

“Os adolescentes gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros e intersexuais geralmente são objeto de perseguição, o que inclui maus-tratos e violência, estigmatização, discriminação, intimidação, exclusão do ensinamento e da formação, assim como falta de apoio familiar e social, e de acesso à informação e aos serviços sobre saúde sexual e reprodutiva. Em casos extremos, se veem expostos a agressões sexuais, violações e inclusive à morte. (...)”

O Comitê destaca que todos os adolescentes têm direito à liberdade de expressão e a que se respeite sua integridade física e psicológica, sua identidade de gênero e sua autonomia emergente. Condena a imposição de ‘tratamentos’ mediante os quais se pretende mudar a orientação sexual de uma pessoa (...). Insta aos Estados a que erradiquem essas práticas, derroguem

todas as leis que criminalizem ou discriminem as pessoas em razão de sua orientação sexual, sua identidade de gênero ou sua condição de pessoas intersexuais, e aprovem leis que proibam a discriminação por esses motivos. Os Estados também devem atuar de maneira eficaz para proteger todos os adolescentes gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros e intersexuais frente a todas as formas de violência, discriminação ou assédio mediante a realização de atividades de sensibilização e aplicação de medidas que lhes ofereçam segurança e apoio” (§§ 33 e 34).

Sobre o direito dos adolescentes à saúde sexual e reprodutiva, o Comitê ressaltou que:

“O acesso aos produtos básicos, à informação e ao assessoramento sobre a saúde e os direitos sexuais e reprodutivos não deve se ver obstaculizado pelo, entre outros fatores, requisito do consentimento ou pela autorização de terceiros. (...) O Comitê insta aos Estados a que despenalizem o aborto para que as meninas possam, em condições seguras, abordar e serem atendidas após fazê-lo, assim como a que revisem sua legislação para assegurar que se atenda o interesse superior das adolescentes grávidas e que se escute e se respeite sempre sua opinião nas decisões relacionadas ao aborto” (§ 60).

O Comitê também estabeleceu que “Os programas dos estudos obrigatórios devem incluir educação sobre saúde sexual e os direitos reprodutivos que seja apropriada à idade de seus destinatários (...). Esta educação deve ser destinada também aos adolescentes não escolarizados. Deve-se prestar atenção à igualdade de gênero, à diversidade sexual, aos direitos em matéria de saúde sexual e reprodutiva, à paternidade e ao comportamento sexual responsáveis, assim como à prevenção da violência, da gravidez precoce e das enfermidades sexualmente transmissíveis. A informação deveria estar disponível em formatos alternativos para garantir a acessibilidade a todos os adolescentes, especialmente os que apresentam deficiência” (§ 61).

8.6. Comentário Geral nº 19/2016: A elaboração de orçamentos públicos para tornar efetivos os direitos da criança

De acordo com o art. 4º da Convenção sobre os Direitos da Criança, “Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional”. O objetivo deste Comentário Geral, segundo o Comitê, é “(...) facilitar a compreensão das obrigações contraídas em virtude da Convenção no que diz respeito à atribuição de orçamentos para reforçar a efetividade dos direitos da criança e fomentar uma mudança real na forma em que tais orçamentos são planejados, aprovados, executados e supervisionados, a fim de avançar na aplicação da Convenção e seus Protocolos Facultativos” (§ 14).

Sobre a obrigação dos Estados de adotarem as medidas necessárias “utilizando ao máximo os recursos disponíveis”, o Comitê fez as seguintes considerações:

“A expressão ‘os Estados partes adotarão essas medidas até o máximo dos recursos disponíveis’ implica que se espera que os Estados partes demonstrem que têm feito todo o possível para mobilizar, distribuir e gastar recursos orçamentários a fim de dar efetividade aos direitos econômicos, sociais e culturais de todas as crianças. O Comitê ressalta o fato de que os direitos das crianças são interdependentes e indivisíveis e que se deve proceder com cautela ao distinguir entre os direitos econômicos, sociais e culturais, por um lado, e direitos civis e políticos, pelo outro. A efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais com frequência repercutirá na capacidade das crianças para exercer plenamente seus direitos políticos e civis, e vice versa.

A obrigação imposta aos Estados partes em virtude do artigo 4º de dar efetividade aos direitos econômicos, sociais e culturais ‘até o máximo dos recursos disponíveis’ significa também que não devem adotar medidas regressivas deliberadas em relação a tais direitos. Os Estados partes não devem permitir que se deteriore o nível atual de desfrute dos direitos da criança. Em tempos de crise econômica, somente pode ser considerada a possibilidade de adotar medidas regressivas quando se tenha adotado antes todas as demais opções e garantido que as crianças, particularmente aquelas que estão em situação de vulnerabilidade, serão os últimos a serem afetados por tais medidas. Os Estados partes devem demonstrar que as medidas são necessárias, razoáveis, proporcionais, não discriminatórias e temporárias e que os direitos afetados serão restabelecidos o mais breve possível. Também devem ser adotadas medidas apropriadas para que os grupos de crianças afetadas, assim como outras pessoas conhecedoras da situação destas crianças, participem no processo de tomada de decisões relacionadas com estas medidas. As obrigações fundamentais mínimas e imediatas impostas pelos direitos das crianças não devem ser comprometidas por nenhum tipo de medida regressiva, nem mesmo em tempo de crise econômica” (§§ 30 e 31).

8.7. Comentário Geral nº 18/2014: Práticas nocivas

O Comentário Geral nº 18/2014 do Comitê para os Direitos da Criança foi adotado em conjunto com o Comentário Geral nº 31 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, já resumido anteriormente, para onde remetemos o leitor.

8.8. Comentário Geral nº 17/2013: Direito da criança ao descanso, à recreação, à brincadeira, às atividades recreativas, à vida cultural e às artes

De acordo com o art. 31 da Convenção:

- “1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança ao descanso e ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística.
2. Os Estados Partes respeitarão e promoverão o direito da criança de participar plenamente da vida cultural e artística e encorajarão a criação de oportunidades adequadas, em condições de igualdade, para que participem

da vida cultural, artística, recreativa e de lazer”.

O Comentário Geral nº 17/2013 apenas veicula os argumentos acolhidos pelo Comitê para ressaltar a importância da brincadeira e da recreação para a vida e para o desenvolvimento da criança.

8.9. Comentário Geral nº 16/2013: Obrigações do Estado em relação ao impacto do setor empresarial nos direitos da criança

De acordo com o Comitê, “Os Estados devem fomentar uma cultura empresarial que compreenda e respeite plenamente os direitos da criança. Para isso, devem incluir a questão dos direitos da criança e as empresas no contexto geral do marco da política nacional para a aplicação da Convenção. Devem elaborar diretrizes que estabeleçam expressamente as expectativas do governo para que as empresas respeitem os direitos da criança no contexto de suas próprias atividades comerciais, assim como nas relações comerciais vinculadas às operações, aos produtos ou aos serviços e às atividades no estrangeiro quando operem a nível internacional. As diretrizes devem incluir a aplicação de políticas de tolerância zero diante da violência em todas as atividades e operações empresariais. (...)” (§ 73).

No mais, o Comentário Geral nº 16 apenas ressalta as mais diversas obrigações das empresas e dos Estados em relação aos direitos da criança.

8.10. Comentário Geral nº 15/2013: O direito da criança ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (artigo 24)

De acordo com o art. 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança:

“1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes enviarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.

2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:

- a) reduzir a mortalidade infantil;
- b) assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde;
- c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, inter alia, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;
- d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;
- e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;

f) desenvolver a assistência médica preventiva, a orientação aos pais e a educação e serviços de planejamento familiar.

3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança.

4. Os Estados Partes se comprometem a promover e incentivar a cooperação internacional com vistas a lograr, progressivamente, a plena efetivação do direito reconhecido no presente artigo. Nesse sentido, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento”.

Para o Comitê:

“A noção de ‘mais alto nível possível de saúde’ leva em conta tanto as condições biológicas, sociais, culturais e econômicas prévias da criança como os recursos de que dispõem o Estado, complementados por recursos de outras fontes, entre elas organizações não governamentais, a comunidade internacional e o setor privado.

O direito da criança à saúde consta de uma série de liberdades e direitos. Entre as liberdades, de importância crescente na medida em que aumenta a capacidade e o amadurecimento, cabe mencionar o direito a controlar a própria saúde e o próprio corpo, incluída a liberdade sexual e reprodutiva para adotar decisões responsáveis. Os direitos se referem ao acesso a uma ampla gama de instalações, bens, serviços e condições que ofereçam a cada criança igualdade de oportunidades para desfrutar do mais alto nível possível de saúde” (§§ 23 e 24).

8.11. Comentário Geral nº 14/2013: O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3º, parágrafo 1º)

De acordo com o art. 3.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Vejamos as considerações do Comitê sobre o princípio do interesse superior da criança:

“O ‘interesse superior da criança’ não é um conceito novo. Com efeito, ele é anterior à Convenção e já se encontrava na Declaração dos Direitos da Criança, de 1959 (parágrafo 2º) e na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (artigos 5.b e 16.1.d), assim como em instrumentos regionais e em diversas normas jurídicas nacionais e internacionais.

(...) O objetivo do conceito de interesse superior da criança é garantir o desfrute pleno e efetivo de todos os direitos reconhecidos pela Convenção e o desenvolvimento holístico da criança. (...)

O Comitê ressalta que o interesse superior da criança é um conceito triplo:

- a. Um direito substantivo: o direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial que se analise e tenha em conta ao sopesar distintos interesses para tomar uma decisão sobre uma questão debatida,

e a garantia de que esse direito será colocado em prática sempre que se tenha que adotar uma decisão que afete uma criança, um grupo de crianças concreto ou genérico ou as crianças em geral. O artigo 3º, parágrafo 1º, estabelece uma obrigação intrínseca para os Estados, sendo de aplicação direta (aplicabilidade imediata) e pode ser invocado perante os tribunais.

- b. Um princípio jurídico interpretativo fundamental: se uma disposição jurídica admite mais de uma interpretação, se escolherá a interpretação que satisfaça de maneira mais efetiva o interesse superior da criança. Os direitos consagrados na Convenção e nos Protocolos facultativos estabelecem o marco interpretativo.
- c. Uma norma de procedimento: sempre que se tenha que tomar uma decisão que afete uma criança em concreto, um grupo de crianças concreto ou as crianças em geral, o processo de adoção de decisões deverá incluir uma estimativa das possíveis repercussões (positivas ou negativas) da decisão para a criança ou para as crianças interessadas. A avaliação e a determinação do interesse superior da criança requerem garantias processuais. Ademais, a justificação das decisões deve deixar claro que se levou em conta explicitamente esse direito. Neste sentido, os Estados partes devem explicar como se têm respeitado esse direito na decisão (...) (§ 2º e seguintes).

8.12. Comentário Geral nº 13/2011: Direito da criança de não ser objeto de nenhuma forma de violência

De acordo com o art. 19 da Convenção sobre os Direitos da Criança:

“1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária”.

Não identificamos nenhum trecho importante para destacar deste Comentário Geral, que apenas ressalta o caráter absoluto do direito da criança de não ser objeto de qualquer tipo de violência, bem como descreve as obrigações preventivas e repressivas do Estado a respeito da temática.

8.13. Comentário Geral nº 12/2009: O direito da criança de ser escutada

De acordo com o art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança:

“1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional”.

Para o Comitê:

“O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança é uma disposição sem precedentes num tratado de direitos humanos; aponta a condição jurídica e social da criança, que, por um lado, carece da plena autonomia do adulto, mas, por outro, é sujeito de direitos. No parágrafo 1º se garante a toda criança que está em condições de formar um juízo próprio o direito de expressar sua opinião livremente em todos os assuntos que afetam a criança, levando-se devidamente em conta as opiniões da criança, em função da idade e maturidade da criança. O parágrafo 2º afirma, em particular, que deve se outorgar à criança o direito a ser escutado em todo procedimento judicial ou administrativo que o afete” (§§ 1º e 2º).

8.14. Comentário Geral nº 11/2009: As crianças indígenas e seus direitos em virtude da Convenção

Não identificamos nenhum trecho relevante para destacar deste Comentário Geral, que apenas ressalta as mais diversas obrigações dos Estados em relação à proteção dos direitos humanos das crianças indígenas.

8.15. Comentário Geral nº 9/2007: Os direitos das crianças com deficiência

O Comentário Geral nº 9 apenas ressalta as mais diversas obrigações dos Estados em relação às crianças com deficiência. Destacamos o trecho seguinte, relativo à educação inclusiva:

“A educação inclusiva deve ser o objetivo da educação das crianças com deficiência. A forma e os procedimentos de inclusão devem ser determinados pelas necessidades educacionais individuais da criança, já que a educação de algumas crianças com deficiência requer um tipo de apoio do qual não se dispõe facilmente no sistema docente geral. [O Comitê] Incentiva os Estados Partes que ainda não tenham iniciado um programa para a inclusão que introduzem as medidas necessárias para alcançar esse objetivo. (...)”

O movimento em prol da educação inclusiva tem recebido muito apoio nos últimos anos. Não obstante, o termo ‘inclusivo’ pode ter significados diferentes. Basicamente, a educação inclusiva é um conjunto de valores, princípios e práticas que tratam de alcançar uma educação completa, eficaz e de qualidade para todos os alunos, que faça justiça à diversidade das condições de aprendizagem e às necessidades não somente das crianças com defi-

ciência, mas também de todos os alunos. Este objetivo pode ser alcançado de diversas formas organizacionais que respeitem a diversidade das crianças. A inclusão pode ir desde a colocação a tempo integral de todos os alunos com deficiência numa aula geral ou a colocação numa classe geral com diversos graus de inclusão, em particular uma determinada parte de educação especial.

É importante compreender que a inclusão não deve ser entendida e praticada simplesmente como a integração das crianças com deficiência no sistema geral independentemente de seus problemas e necessidades. É fundamental a estreita cooperação entre os educadores especiais e os de ensino geral. É preciso voltar a analisar e desenvolver os programas escolares para atender as necessidades das crianças sem e com deficiência. Para colocar em prática plenamente a ideia da educação inclusiva, é necessário alcançar a modificação dos programas de formação para professores e demais profissionais envolvidos no sistema educacional” (§§ 66 e 67).

8.16. Comentário Geral nº 8/2006: O direito da criança à proteção contra castigos corporais e outras formas de castigo cruéis ou degradantes

Não identificamos nenhum trecho relevante deste Comentário Geral para destacar.

8.17. Comentário Geral nº 7/2005: Realização dos direitos da criança na primeira infância

Os objetivos deste Comentário Geral são os seguintes:

- “a) Reforçar a compreensão dos direitos humanos de todas as crianças pequenas e chamar a atenção dos Estados Partes para suas obrigações em relação às crianças na primeira infância;
- b) Comentar as características específicas da primeira infância que repercutem na realização dos direitos;
- c) Incentivar o reconhecimento das crianças pequenas como agentes sociais desde o início de sua existência, dotados de interesses, capacidades e vulnerabilidades particulares, assim como de suas necessidades de proteção, orientação e apoio no exercício dos seus direitos;
- d) Realçar a diversidade existente dentro da primeira infância, que deve levar em conta, ao aplicar a Convenção, a diversidade de circunstâncias, qualidade de experiências e influências que modelam o desenvolvimento das crianças pequenas;
- e) Destacar as diferenças a respeito das expectativas culturais e ao tratamento dispensado às crianças, especialmente aos costumes e práticas locais que devem ser respeitados, salvo nos casos em que são violados os direitos da criança;
- f) Insistir na vulnerabilidade das crianças pequenas à pobreza, à discriminação, ao desmembramento familiar e a múltiplos fatores adversos que violam seus direitos e prejudicam seu bem-estar;
- g) Contribuir para a realização dos direitos de todas as crianças pequenas mediante a formulação e a promoção de políticas, leis, programas, práticas, capacitação profissional e investigação globais centradas especificamente

nos direitos na primeira infância”.

De acordo com o Comitê, As definições de primeira infância variam nos diferentes países e regiões, segundo as tradições locais e a forma em que estão organizados os sistemas de ensino primário. Em alguns países, a transição da etapa pré-escolar à escolar ocorre pouco depois dos 4 anos de idade. Noutros países, esta transição ocorre em torno dos 7 anos. Em seu exame dos direitos na primeira infância, o Comitê deseja incluir todas as crianças pequenas: desde o nascimento e primeira ano de vida, passando pelo período pré-escolar até a transição ao período escolar. Assim, o Comitê propõe, como definição para primeira infância, o período compreendido até os 8 anos de idade; os Estados Partes deverão reconsiderar suas obrigações em relação às crianças pequenas à luz desta definição⁴⁶⁴.

O Comitê também recomenda que os Estados Partes incluam o ensino dos direitos humanos durante a educação na primeira infância. Esse ensinamento deve ser participativo e deve potencializar as aptidões das crianças, oferecendo-lhes oportunidades práticas de exercitar seus direitos e responsabilidades de forma que se adaptem a seus interesses, suas inquietações e à evolução de suas faculdades. O ensino de direitos humanos às crianças pequenas deve girar em torno de temas cotidianos no lar, nos centros de atenção infantil, em programas de educação na primeira infância e nos entornos comunitários, com os quais as crianças pequenas podem se identificar.

8.18. Comentário Geral nº 6/2005: Tratamento de menores não acompanhados ou separados de sua família fora de seu país de origem

Não identificamos um trecho relevante deste Comentário Geral para destacar, que apenas elenca as obrigações e responsabilidades dos Estados em relação à criança migrante desacompanhada ou separada da sua família.

8.19. Comentário Geral nº 5/2003: Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança

Não identificamos nenhum trecho relevante para destacar deste Comentário Geral.

8.20. Comentário Geral nº 4/2003: A saúde e o desenvolvimento dos adolescentes no contexto da Convenção sobre os Direitos da Criança

Não identificamos nenhum trecho relevante para destacar deste Comentário Geral, que apenas estabelece as obrigações dos Estados no que diz respeito à saúde e ao desenvolvimento dos adolescentes.

8.21. Comentário Geral nº 3/2003: A AIDS e os direitos da criança

Não identificamos nenhum trecho relevante para destacar deste Comentário Geral,

⁴⁶⁴ No Brasil, a Lei 13.257/2016 considera como primeira infância o período que abrange os primeiros seis anos completos de vida da criança (art. 2º). Verifica-se aqui, portanto, uma divergência entre a definição encontrada na lei brasileira e a orientação do Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança.

que apenas estabelece as obrigações dos Estados a respeito da prevenção da AIDS em crianças e adolescentes, assim como as medidas que devem ser adotadas para garantir o direito à saúde e à não discriminação das pessoas contaminadas.

8.22. Comentário Geral nº 2/2002: O papel das instituições nacionais de direitos humanos na promoção e proteção dos direitos da criança

Não identificamos nenhum trecho relevante para destacar deste Comentário Geral.

8.23. Comentário Geral nº 1/2001: Propósitos da educação

Não identificamos nenhum trecho relevante para destacar deste Comentário Geral, que apenas ressalta a importância de a educação de crianças e adolescentes contemplar o ensino de direitos humanos.

CAPÍTULO 7

**O Brasil no sistema global de
proteção dos direitos humanos**

CAPÍTULO 7

O BRASIL NO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Nota explicativa sobre o mecanismo convencional das petições individuais perante os Comitês

Conforme já apontamos na nota explicativa do capítulo anterior, não há um tribunal internacional de direitos humanos na arquitetura orgânica do sistema global, mas sim comitês responsáveis por monitorar a implementação dos respectivos tratados.

Um dos mecanismos de proteção utilizado pelos comitês é o sistema das petições individuais, por meio do qual a vítima da violação, observados alguns requisitos – como o do esgotamento dos recursos internos e o da ausência de litispendência ou coisa julgada internacional – pode demandar contra o Estado perante uma instância internacional.

Assim como ocorre no funcionamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, em que a competência contenciosa da Corte IDH é facultativa e depende de aceitação dos Estados partes da CADH para ser ativada, também no sistema global a competência dos comitês para receber e processar petições individuais depende de uma declaração especial ou da ratificação de um protocolo facultativo.

De um modo geral, o procedimento das petições individuais se desenvolve nas seguintes fases: 1) admissibilidade; 2) instrução probatória; 3) deliberação sobre o mérito; e 4) publicação. Sobre o caráter confidencial do procedimento, vejamos a lição de Durán:

“(...) todas as fases se desenvolvem na mais estrita confidencialidade. Isso não impede, porém, que a vítima ou seu representante estejam ciente do processamento de sua petição, pois participam ativamente no procedimento (...). Em teoria, as decisões do respectivo comitê sobre admissibilidade e as decisões ou opiniões quanto ao mérito também são confidenciais. No entanto, a regra é flexibilizada na prática, pois os comitês têm decidido sempre tornar públicas as suas decisões de maneira individualizada no site do respectivo comitê (...) e através de seus relatórios anuais à Assembleia Geral (...)”⁴⁶⁵.

Finalmente, discute-se na doutrina acerca da natureza das decisões dos comitês – tanto as que concedem medidas provisórias quanto as que deliberam sobre o mérito –, parecendo haver um posicionamento majoritário no sentido de consistirem em meras recomendações, e não em provimentos que vinculam os Estados. Não conseguimos identificar diferenças significativas entre as decisões dos comitês e dos tribunais internacionais de direitos humanos como a Corte IDH e o TEDH, e isso porque: a) tanto os comitês quanto os tribunais internacionais são compostos por especialistas independentes – e não por representantes dos Estados –, dos quais se exige imparcialidade; e b) as decisões dos

⁴⁶⁵ DURÁN, Carlos Villán. *Manual sobre el sistema universal de protección de los derechos humanos...*, p. 80-81.

comitês – assim como as proferidas pelos tribunais internacionais de direitos humanos – são redigidas em forma de sentença, com relatório fático, deliberação jurídica e pronunciamento sobre a responsabilidade do Estado demandado a respeito da denúncia de violação de direitos humanos. Além disso, o fato de alguns tratados do sistema global utilizarem a expressão “recomendação” para se referir ao conteúdo do provimento decisório dos comitês⁴⁶⁶ deve ser entendido apenas como uma técnica equivocada de redação. Por estas razões, entendemos que as decisões dos comitês são vinculantes e os Estados devem cumpri-las de boa-fé, nos termos do art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Descumprida uma decisão do comitê, entendemos que a vítima prejudicada pode se valer dos mecanismos internos de execução da sentença internacional.

1. Caso Alynne Pimentel Teixeira vs. Brasil

Órgão julgador	Comitê da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas (Comitê da CEDAW)
Data da decisão	10.08.2011

1.1. Resumo do caso

No dia 14 de novembro de 2002, a vendedora Alynne da Silva Pimentel, 27 anos, afro-descendente e de baixa renda – então no sexto mês de gestação de uma menina, a quem Alynne dera o nome de Ester –, se dirigiu até a maternidade onde realizava o pré-natal, em Belford Roxo, na Baixada Fluminense. Com náuseas e fortes dores abdominais, buscou assistência médica, recebeu analgésicos e foi liberada para voltar para casa. Os sintomas não melhoraram e a gestante voltou à maternidade, quando foi, então, constatada a morte do feto. Após horas de espera, passadas sob fortes dores, a sra. Alynne foi submetida a uma cirurgia para a retirada dos restos da placenta. Seu quadro se agravou de tal forma que foi necessário transferi-la para um hospital público. Alynne sofreu hemorragia durante 24 horas até que sua transferência fosse liberada, eis que a maternidade pré-natal não encontrava a ficha médica da gestante para perfectibilizar a transferência. Após dar entrada no hospital público – seu caso tendo sido identificado como uma gravidez de alto risco –, a gestante passou oito horas no corredor do hospital sem ser atendida devido à falta de leitos na emergência do hospital. O sangramento, uma hemorragia digestiva resultante do parto do feto morto, acabou por levar Alynne à morte na noite do dia 16 de novembro de 2002. A precariedade do sistema de saúde pública fluminense foi determinante na morte de Alynne.

O caso foi apresentado ao Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, órgão ligado à ONU, pelo Centro de Direitos Reprodutivos e Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos, na condição de representante da mãe de Alynne, a sra. Maria de Lourdes da Silva Pimentel. No dia 10 de agosto de 2011, o Comitê

⁴⁶⁶ Neste sentido, por exemplo, o art. 7.3 do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher: “Após examinar a comunicação, o Comitê transmitirá suas opiniões a respeito, juntamente com sua recomendação, se houver, às partes em questão”.

da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, das Nações Unidas, condenou o Brasil no Caso Alyne Pimentel. O Comitê concluiu que o Estado brasileiro atuou de forma insuficiente na proteção dos direitos humanos à vida, à saúde, à igualdade e não discriminação no acesso à saúde, e também considerou que o Estado falhou ao não garantir à família de Alyne o acesso efetivo à justiça.

Estas foram as recomendações do CEDAW para o Brasil:

“1. Sobre o autor e a família da senhora da Silva Pimentel Teixeira:

Prestar reparação adequada, incluindo indenização financeira, ao autor e à filha da senhora da Silva Pimentel Teixeira proporcional à gravidade das violações contra ela.

2. Disposições gerais:

a) Assegurar o direito das mulheres à maternidade segura e ao acesso à assistência médica emergencial adequada, a preços acessíveis, de acordo com a recomendação geral nº 24 (1999) sobre as mulheres e a saúde;

b) Proporcionar formação profissional adequada para os trabalhadores da área de saúde, especialmente sobre os direitos reprodutivos das mulheres à saúde, incluindo tratamento médico de qualidade durante a gravidez e o parto, bem como assistência obstétrica emergencial adequada;

c) Assegurar o acesso a medidas eficazes nos casos em que os direitos das mulheres à saúde reprodutiva tenham sido violados e prover a formação de pessoal do Poder Judiciário e responsável pela aplicação da lei;

d) Assegurar que as instalações de assistência médica privada satisfaçam as normas nacionais e internacionais em saúde reprodutiva;

e) Assegurar que as sanções adequadas sejam impostas a profissionais de saúde que violem os direitos de saúde reprodutiva das mulheres; e

f) Reduzir as mortes maternas evitáveis através da implementação do Acordo Nacional pela Redução da Mortalidade Materna aos níveis estadual e municipal, inclusive através da criação de comitês de mortalidade materna em lugares onde tais comitês ainda não existem, de acordo com as recomendações em suas observações finais para com o Brasil, adotadas em 15 de agosto de 2007;

(...)”.

1.2. Pontos importantes

1.2.1. O que é o Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres? Em uma breve síntese, o Comitê da Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher é o órgão incumbido de monitorar o cumprimento pelos Estados-partes da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, na sigla em inglês), adotada pelas Nações Unidas em 1979. O Brasil ratificou a referida convenção em 1984, mas somente após dezoito anos ratificou o Protocolo Adicional à Convenção. A partir da adoção do Protocolo Adicional, foi facultado ao Comitê examinar comunicações apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, sob a jurisdição do Estado-parte, que

afirmem ser vítimas de violação de qualquer um dos direitos abordados pela Convenção da Mulher. Para que isso seja possível, é requisito de admissibilidade perante o Comitê que tenham sido esgotados os recursos internos ou que o processo interno sobre o tema levado ao Comitê tenha ultrapassado os prazos razoáveis, ou ainda que seja improvável que este conduza a lide para um desfecho positivo e efetivo para o requerente. São funções do Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres: o exame de relatórios periódicos apresentados pelos Estados-partes; a formulação de sugestões e recomendações gerais; a instauração de inquéritos confidenciais; e o já mencionado exame das comunicações apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos que aleguem ser vítimas de violação de direitos dispostos na CEDAW⁴⁶⁷.

1.2.2. Primeiro caso em que o Brasil foi responsabilizado no sistema global de proteção dos direitos humanos (sistema convencional contencioso quase judicial das Nações Unidas). O *Caso Alyne Pimentel* consiste na primeira responsabilização do Brasil no sistema convencional contencioso quase judicial da ONU. O sistema é chamado de “convencional” porque os mecanismos de apuração de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos estão instituídos em convenções internacionais (da ONU). É também denominado “contencioso”, pois, como já afirmado, há um processamento das possíveis violações de direitos humanos em um órgão estabelecido pela própria convenção, sob os ditames do contraditório e da ampla defesa, assim como de outras regras e princípios necessários para que ocorra uma tramitação igualitária e justa; não há qualquer inquisitorialidade por parte do órgão onusiano encarregado de aferir eventual responsabilidade. Por fim, é considerado “quase judicial” porque não há uma corte ou tribunal internacional atuante, mas apenas os Comitês instituídos pelas Convenções onusianas⁴⁶⁸.

1.2.3. O Caso Alyne Pimentel é a primeira denúncia sobre mortalidade materna acolhida pelo Comitê da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. O *Caso Alyne Pimentel* também se destaca por ter sido a primeira vez que o Comitê CEDAW aceitou uma denúncia sobre mortalidade materna, embora já tivesse apreciado outros temas envolvendo a discriminação contra a mulher⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Ainda sobre o Comitê, a lição de Carlos Weis: “O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher é o corpo de 23 especialistas internacionais que monitora a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (arts. 17 e ss.). Como é praxe nesse sistema, cada Estado-Parte deve enviar relatórios periódicos, a partir do que o Comitê manifesta suas preocupações e recomendações, que são encaminhadas em retorno, sobre a forma de Observações Conclusivas. A partir do Protocolo Facultativo (v. Supra), o Comitê passou a ter mandato para receber comunicações de indivíduos ou grupos relativos a violações dos direitos previstos na Convenção e a iniciar investigações sobre situações de violações graves e sistemáticas dos direitos da mulher em relação aos Estados-Partes que ratificaram referido documento, com o que restou superada a marca distintiva de o Comitê, diferentemente de seus pares, não ter mecanismos de fiscalização que não os relatórios estatais. O Comitê formula Recomendações Gerais dirigidas aos Estados relacionadas aos direitos da mulher previstos nos tratados internacionais” (WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 131).

⁴⁶⁸ Esses comitês também são chamados de “*treaty bodies*”.

⁴⁶⁹ Sobre o tema, ressalta também André de Carvalho Ramos: “Em 2011, [o Comitê CEDAW] decidiu que o Brasil violou direitos de Alyne da Silva Pimentel Teixeira, que faleceu pela ausência de tratamento adequado à mulher grávida (ela estava com 27 semanas de gestação). A petição contra o Brasil foi proposta por sua mãe, com apoio de organizações não governamentais. Foi o primeiro caso

1.2.4. Cumprimento pelo Brasil de uma das recomendações do Comitê no *Caso Alyne Pimentel*. No dia 25.03.2014, o Estado brasileiro indenizou Maria de Lurdes Pimentel, mãe da vítima falecida, na quantia de R\$ 131 mil reais a título de reparação pelos acontecimentos no caso em estudo. Com o intuito de cumprir as recomendações do Comitê CEDAW, além da indenização paga para a mãe de Alyne Pimentel, o Brasil realizou duas reparações simbólicas. A UTI da Maternidade Mariana Bulhões, no Município de Nova Iguaçu, Rio de Janeiro, foi batizada com o nome da vítima, tendo a homenagem sido oficializada com a inauguração de uma placa no local no dia 3 de abril de 2014. Por fim, no dia 5 de abril, no município de Mesquita, no Rio de Janeiro, foi inaugurado o espaço de convivência “Alyne da Silva Pimentel” na Maternidade do Hospital Mãe de Mesquita. Sendo assim, a condenação do Estado brasileiro no *Caso Alyne Pimentel* é a primeira e única do país proferida por um órgão do sistema global de proteção dos direitos humanos.

2. Caso Lula

Órgão julgador	Comitê de Direitos Humanos
Data da decisão (medida provisória)	17.08.2018

2.1. Resumo do caso⁴⁷⁰

Em julho de 2016, o ex-Presidente Lula, por seus advogados, apresentou uma petição individual perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU, sustentando, em síntese, que a condução da ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, processo criminal contra ele instaurado perante a 13ª Vara Federal de Curitiba e que desembocou em suposta causa de ilegitimidade, estava a ofender o art. 9.1 (proteção contra prisão ou detenção arbitrária), o art. 14.1 (direito a um julgamento independente e imparcial), o art. 14.2 (direito à presunção de inocência) e o art. 17 (proteção contra indevida invasão da privacidade e contra indevidos ataques à honra e reputação), todos do PIDCP.

Dessa representação, foi formalmente comunicado o Estado brasileiro, que, em janeiro de 2017, apresentou peça de manifestação defendendo que a petição apresentada por Lula não poderia ser conhecida, pois não teria havido o esgotamento dos recursos internos; no mérito, rebateu cada uma das alegações de Lula sobre as violações ao PIDCP.

Em abril de 2018, ou seja, transcorridos um ano e nove meses desde o protocolo da representação individual, sem que nenhuma decisão tivesse sido proferida pelo Comitê,

de morte materna nesse Comitê, no qual recomendou ao Brasil que, além de indenizar a família da vítima, também assegure o direito das mulheres à maternidade segura e acesso à assistência médica emergencial adequada” (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos...*, p. 91).

⁴⁷⁰ Elaboramos o resumo do caso a partir das informações disponibilizadas na contestação apresentada pela defesa do ex-Presidente Lula nos autos do processo nº 0600903-50.2018.6.00.0000, referente a ações de impugnação ao registro de candidatura que tramitaram no Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Peça disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/contestacao-lula.pdf>. Acesso em 14.10.2019.

Lula, pela primeira vez, estando na iminência de ser preso, apresentou requerimento de medida de urgência, invocando basicamente, nos termos do art. 25 do PIDCP, o direito de ser candidato nas eleições de outubro de 2018, sem que lhe fossem impostas indevidas restrições, extraídas de condenação criminal em processo repleto de vícios e violações.

Em pronunciamento de 22.05.2018, o Comitê indeferiu o pedido de medida de urgência nos seguintes termos:

“O Comitê considera que as informações fornecidas no pedido não autorizam o Comitê a concluir, nesse momento, no que se refere ao pedido de *interim measures* [medida provisória ou de urgência], que os fatos relatados colocariam o autor em situação de risco de dano irreparável, ou que eles evitariam ou frustrariam os efeitos de uma futura deliberação do Comitê. Assim, o Comitê, através do seu Relator Especial para Novas Comunicações e Medidas de Urgência decidiu não acolher o pedido de medida provisória, fundado no art. 92 das Regras de Procedimento do Comitê”.

Em 22.07.2018, a defesa de Lula, considerada a proximidade do pleito eleitoral, a persistente indefinição de sua atuação jurídica, as limitações a seu direito fundamental de participação política e o risco da sua desqualificação pela Justiça Eleitoral, veiculou novo pedido de tutela de urgência perante o Comitê, apresentando estes requerimentos: a) que Lula fosse libertado e permitido a fazer campanha para as eleições presidenciais de 7 de outubro; e b) que Lula não fosse desabilitado como candidato até que a sua condenação fosse confirmada pelo STJ e pelo STF.

Somente então, em caráter excepcional, considerada a gravidade da situação, é que o Comitê acolheu a pretensão de Lula e deferiu o pedido de medida provisória, assim o fazendo nos termos do seguinte comunicado:

“O Comitê, através de seu Relator Especial sobre Novos Comunicados e Pedidos por Medidas Provisórias, avaliou as alegações do autor datadas de 27 de julho de 2018 e concluiu que os fatos relatados indicam a existência de possível dano irreparável aos direitos do autor previstos no artigo 25 do Pacto. Portanto, estando o comunicado do autor sob exame pelo Comitê, conforme a regra processual nº 92, o Comitê requisita ao Estado-Parte a adoção de todas as medidas necessárias para assegurar que o requerente usufrua e exerça todos os seus direitos políticos enquanto está na prisão, na qualidade de candidato nas eleições presidenciais de 2018, o que inclui o acesso adequado à imprensa e aos membros de seu partido político; requisita também que o Estado-Parte não impeça o autor de concorrer nas eleições presidenciais de 2018 até que todos os recursos impetrados contra a sentença condenatória sejam julgados em processos judiciais justos e a sentença esteja transitada em julgado”.

O Comitê, portanto, não determinou a soltura de Lula (embora houvesse pedido também neste sentido), tendo se limitado a apenas suspender os efeitos de inelegibilidade derivados de condenação criminal ainda provisória e objeto de questionamentos perante o Comitê.

2.2. Pontos importantes

2.2.1. Fundamento normativo da competência do Comitê de Direitos Humanos para determinar medidas provisórias. O PIDCP – nem o seu primeiro Protocolo Facultativo – prevê a competência do Comitê de Direitos Humanos para determinar medidas provisórias. No entanto, o PIDCP estabelece que o próprio Comitê deve estabelecer as suas “regras de procedimento” (art. 39.2) e o Comitê, ao cumprir com esse comando, editou as suas Regras de Procedimento, fazendo constar da Regra 92 o seguinte: “O Comitê pode, antes de encaminhar sua decisão sobre a comunicação ao Estado parte interessado, comunicar a esse Estado sua opinião sobre a conveniência de adotar medidas provisórias para evitar um dano irreparável à vítima da violação denunciada. Neste caso, o Comitê informará ao Estado parte interessado de que essa expressão de sua opinião sobre as medidas provisórias não implica nenhum pré-julgamento sobre o mérito da comunicação”. Assim, embora a competência do Comitê para expedir medidas provisórias não tenha um fundamento normativo *diretamente* convencional – por não estar previsto no texto do PIDCP –, ela se mostra legítima e *indiretamente* convencional, na medida em que decorre de uma competência atribuída ao Comitê pelo PIDCP (a de editar as suas “regras de procedimento”, compreendendo a competência para expedir medidas provisórias, aqui, como um assunto procedimental).

2.2.2. Natureza das decisões do Comitê de Direitos Humanos: vinculante ou meras recomendações? Conforme sustentamos na nota explicativa deste capítulo, defendemos que as decisões dos comitês – tanto as que concedem medidas provisórias quanto as que deliberam sobre o mérito – possuem a natureza de provimentos vinculantes e não de meras recomendações. Tratando-se especificamente do Comitê de Direitos Humanos, vejamos o que restou estabelecido em seu Comentário Geral nº 33:

“Ainda que a função desempenhada pelo Comitê de Direitos Humanos, ao examinar as petições individuais, não seja, em si mesma, a de um órgão judicial, os pronunciamentos emitidos pelo Comitê, em conformidade com o Protocolo Facultativo, apresentam algumas das principais características de uma decisão judicial. São emitidos com espírito judicial, conceito que inclui a imparcialidade e a independência dos membros do Comitê, a ponderada interpretação da linguagem do Pacto e o caráter determinante das decisões. O termo empregado no parágrafo 4º do artigo 5º do Protocolo Facultativo para as decisões do Comitê é ‘observações’. Nessas decisões são expostas as constatações do Comitê sobre as violações alegadas pelo autor e, quando restar comprovada a existência de uma violação, é indicado o meio de reparar esta violação.

Os pronunciamentos emitidos pelo Comitê com fundamento no Protocolo Facultativo representam uma decisão autorizada de um órgão estabelecido em virtude do próprio Pacto e encarregado da interpretação deste instrumento. O caráter e a importância destes pronunciamentos emanam da função integral que incumbe ao Comitê com fundamento no Pacto e no Protocolo Facultativo.

(...) O caráter dos pronunciamentos do Comitê emana também da obrigação dos Estados partes de atuar de boa-fé (...). A obrigação de cooperar com

o Comitê resulta da aplicação do princípio da boa-fé no cumprimento de todas as obrigações convencionais” (§ 11 e seguintes).

2.2.3. O descumprimento pelo Brasil das medidas provisórias determinadas pelo Comitê de Direitos Humanos no Caso Lula. O Brasil descumpriu a decisão do Comitê de Direitos Humanos e não observou a determinação – constante das medidas provisórias – de garantir ao ex-Presidente Lula o gozo dos seus direitos políticos para disputar as eleições presidenciais de 2018. O descumprimento da decisão internacional se deu mediante um julgamento pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que assim se pronunciou:

“7. (...) Em atenção aos compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional, a manifestação do Comitê merece ser levada em conta, com o devido respeito e consideração. Não tem ela, todavia, caráter vinculante e, no presente caso, não pode prevalecer, por diversos fundamentos formais e materiais. 7.1. Do ponto de vista formal, (i) o Comitê de Direitos Humanos é órgão administrativo, sem competência jurisdicional, de modo que suas recomendações não têm caráter vinculante; (ii) o Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP, que legitimaria a atuação do Comitê, não está em vigor na ordem interna brasileira” (TSE, Registro de candidatura nº 0600903-50.2018.6.00.0000, rel. Min. Roberto Barroso, j. 01.09.2018).

O TSE – vencido apenas o ministro Fachin – se valeu de dois argumentos para não cumprir a decisão do Comitê, sendo eles: a) o caráter não vinculante da decisão do Comitê; e 2) a ausência de internalização na ordem jurídica brasileira do protocolo facultativo que conferiu ao Comitê a competência para receber e processar petições individuais.

No que diz respeito ao argumento decisório do TSE sobre o caráter não vinculante da decisão do Comitê, já emitimos anteriormente a nossa opinião. Agora, quanto ao argumento decisório do TSE relativo à ausência de internalização do Protocolo Facultativo ao PIDCP, de fato o entendimento – ainda predominante – do STF é no sentido de que para um tratado (de direitos humanos ou não) possuir efeito na ordem jurídica interna, ele precisa passar por quatro fases: a) assinatura; b) aprovação pelo Congresso Nacional; c) ratificação; e d) decreto de promulgação. Neste sentido:

“A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de jure constituto, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que

não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional (...)” (STF, CR 8.279 AgR, rel. min. Celso de Mello, Plenário, j. 17.06.1998).

“É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executóriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno” (STF, ADI 1.480 MC, rel. min. Celso de Mello, Plenário, j. 04.09.1997).

O Brasil ainda não cumpriu a última fase quanto ao Protocolo Facultativo que conferiu ao Comitê de Direitos Humanos a competência para receber e processar petições individuais. No entanto, entendemos ser perfeitamente possível realizarmos uma espécie de *distinguishing* nesta matéria para estabelecer o seguinte: 1) tratados que *criam* obrigações de respeitar e proteger direitos humanos, para entrarem em vigor na ordem jurídica nacional, precisam passar também pela fase do decreto de promulgação; 2) enquanto que tratados que apenas *estabelecem* mecanismos de proteção, sem *criar* novas obrigações de respeitar e proteger direitos humanos, entram em vigor, internacional e nacionalmente, com a sua ratificação, sendo desnecessário o decreto de promulgação.

Sobre o tema, vejamos ainda a lição de Carla Dantas:

“O depósito da declaração internacional aceitando a competência do comitê ou, conforme o caso, o depósito da ratificação do protocolo facultativo que implique na aceitação da competência do comitê, são atos internacionais que obrigam internacionalmente os Estados, conforme certos termos e condições estabelecidos na própria declaração ou no tratado internacional.

Do ponto de vista do direito interno, no caso do Brasil, é a promulgação pelo Presidente da República que confere validade e executabilidade a esses atos no ordenamento brasileiro. Ressalte-se que, sendo tal promulgação um ato de direito interno, sua ocorrência não se confunde, e por isso não se con-

diciona, ao início da competência internacional dos comitês em avaliar as petições endereçadas pelos jurisdicionados brasileiros, o que se dá, no plano do Direito Internacional, pelo depósito da declaração perante o Secretariado da ONU ou pela ratificação do protocolo facultativo, conforme as regras formais estabelecidas pelo próprio tratado”⁴⁷¹.

Finalmente, eis o entendimento de André de Carvalho Ramos a respeito da decisão do TSE no Caso Lula, com quem estamos de acordo:

“Esses argumentos do voto vencedor (do Relator) mostra a resistência à interpretação internacionalista: não cabe ao Estado julgar a sua própria conduta e afirmar, para não cumprir decisão internacional, que considera sua conduta compatível com a proteção de direitos humanos. Quanto à ausência de incorporação do Primeiro Protocolo pela falta de edição do decreto de promulgação, sustentei, em obra própria, a desnecessidade da edição do decreto de promulgação para todo e qualquer tratado. A publicidade da ratificação e entrada em vigor internacional deve ser apenas atestada (efeito meramente declaratório) nos registros públicos dos atos do Ministério das Relações Exteriores (*Diário Oficial da União*). Esse aviso, de caráter declaratório, em nada afetaria o disposto no artigo 84, inciso VIII, e ainda asseguraria publicidade – desejável em nome da segurança jurídica – e sintonia entre a validade internacional e a validade interna dos tratados.

A conduta dos Estados em negar a força vinculante das deliberações finais e também das medidas provisórias do Comitê de Direitos Humanos no bojo do sistema de petições individuais é mais uma amostra da resistência estatal à interpretação internacionalista dos tratados. Cria-se, assim, um ‘Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos *nacional*’, o que torna inútil, obviamente, a internacionalização da temática. Essa conduta dos Estados consiste em clara violação do tratado, ao qual eles voluntariamente aderiram”⁴⁷².

⁴⁷¹ DANTAS, Carla. *Direito de petição do indivíduo no sistema global de proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <https://sur.conectas.org/direito-de-peticao-individuo-no-sistema-global-de-protecao-dos-direitos-humanos/> Acesso em 14.10.2010.

⁴⁷² RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 100.

CAPÍTULO 8

Decisões da Corte Internacional de Justiça

CAPÍTULO 8

DECISÕES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Nota explicativa sobre a competência contenciosa da Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas (ONU), tendo sido criada pela Carta das Nações Unidas de 26.06.1945 para cumprir um dos principais objetivos da ONU: “buscar por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, o ajuste ou a solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz” (Carta, art. 1.1).

A CIJ funciona de acordo com o seu Estatuto, aprovado em forma de anexo à Carta das Nações Unidas.

Com sede em Haya, na Holanda, a CIJ, composta por 15 membros, possui competência contenciosa para decidir demandas interestatais que tenham por objeto (Estatuto, art. 36.2): a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional; e d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.

Sobre o papel da CIJ na proteção internacional de direitos humanos, vejamos a lição de André de Carvalho Ramos:

“Contudo, a Corte Internacional de Justiça tem um modesto papel na aferição da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. De fato, dois limitadores exsurgem da análise do Estatuto da Corte.

O primeiro diz respeito ao *jus standi* ou à legitimidade ativa e passiva nos processos submetidos à Corte. De acordo com o artigo 34.1 do Estatuto, a Corte, em sua jurisdição contenciosa, só reconhece como partes os Estados, o que limita sobremaneira a proteção judicial de direitos humanos, pois o acesso do indivíduo a instâncias internacionais é considerado um requisito indispensável para a garantia destes direitos. Nesse sentido, o foco da grande maioria dos casos contenciosos e dos pareceres consultivos relaciona-se com *temas de interesses dos Estados*, sem maior preocupação com direitos humanos.

A reforma do artigo 34.1 possibilitaria que particulares pudessem apresentar petições contra Estados por violações de direitos humanos. Ou mesmo que organismos internacionais pertencentes à ONU, tal qual o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, pudessem apresentar petições contra Estados violadores de direitos humanos.

O segundo obstáculo à proteção judicial de direitos humanos perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o *caráter facultativo de sua jurisdição contenciosa*. A jurisdição da Corte depende da adesão (facultativa) dos Estados, conforme o artigo 36.2 do Estatuto. Além disso, cada Estado pode condi-

cionar sua declaração de aceitação ao princípio da reciprocidade"⁴⁷³.

1. Caso Reino Unido vs. Albânia (Estreito de Corfu)

Data do julgamento	09.04.1949
--------------------	------------

1.1. Resumo do caso

No dia 22 de outubro de 1946, dois cruzadores britânicos adentraram no Canal de Corfu, nas águas territoriais da Albânia. Ambos os *destroyers*⁴⁷⁴ *colidiram com minas causando a morte de todos os tripulantes de ambas as embarcações, bem como sérios danos materiais aos destroyers ingleses*. Posteriormente, nos dias 12 e 13 de novembro do mesmo ano, o Reino Unido executou uma operação de limpeza e desativação de minas nas águas do Estreito de Corfu. Aduzindo que haveria responsabilidade internacional do Estado da Albânia, eis que este estava envolvido com a colocação de minas em suas águas territoriais, a matéria foi submetida ao Conselho de Segurança da ONU. A Albânia, que ainda não era membro da Organização das Nações Unidas, aceitou participar das discussões sobre o caso diante do Conselho de Segurança. No dia 9 de abril de 1947, o Conselho de Segurança da ONU editou resolução no sentido de recomendar aos Estados envolvidos que levassem o caso à Corte Internacional de Justiça⁴⁷⁵.

O caso do Estreito de Corfu foi levado à Corte Internacional de Justiça no dia 22 de maio de 1947, por meio de uma petição elaborada pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Primeiramente, a Corte Internacional de Justiça rejeitou a preliminar de inépcia da inicial arguida pelo Governo da Albânia. Ao analisar o mérito do caso, a CIJ se deparou principalmente com dois questionamentos: a) É o Estado da Albânia responsável pelas explosões ocorridas no Canal de Corfu? Deve a Albânia pagar uma compensação ao Reino Unido?; b) O Reino Unido violou os tratados e convenções internacionais pelos atos de sua marinha em águas albanesas?

Em relação à primeira questão, o Tribunal de Haia declarou a responsabilidade do Estado da Albânia por 11 votos a 5. Com respeito à segunda questão, a Corte Internacional de Justiça dividiu suas decisões em dois tópicos. Com relação à navegação exercida pelos navios britânicos no dia 22 de outubro de 1946, o Tribunal de Haia reconheceu o direito de passagem inocente, pois à época dos fatos muitos países utilizavam-se dos estreitos para enviar seus navios de guerra, sendo uma prática rotineira da sociedade internacional. Desse modo, por 14 votos a 2, a Corte Internacional de Justiça decidiu não ter ocorrido violação das leis internacionais pelo Reino Unido no dia 22 de outubro de 1946. Entretanto, de maneira unânime, a Corte Internacional de Justiça reconheceu que a operação realizada nos dias 12 e 13 de novembro de 1946, com fins de desativar as minas no Canal do Corfu, violou a soberania do Estado da Albânia, eis que o Reino Unido realizou esta última operação sem qualquer consentimento do governo

⁴⁷³ *Processo Internacional de Direitos Humanos...*, p. 101-102.

⁴⁷⁴ Os *destroyers* são considerados "navios de guerra" pelo Direito Internacional.

⁴⁷⁵ As resoluções do Conselho de Segurança da ONU possuem caráter vinculante.

albanês e tampouco notificou as organizações internacionais de desativação de minas, não podendo, portanto, ser a operação de desativação de minas justificada pelo direito de passagem inocente.

1.2. Pontos importantes

1.2.1. Primeiro caso julgado pela Corte Internacional de Justiça. O primeiro órgão de jurisdição internacional permanente a ser instituído foi a Corte Permanente de Justiça Internacional, criado no ano de 1921 pela Liga das Nações. A Corte Permanente de Justiça exerceu suas atribuições de 1922 até 1940, quando sua sede em Haia foi tomada pelas forças da Alemanha nazista. No período de funcionamento, a Corte Permanente de Justiça julgou 38 processos contenciosos, incluindo os famosos casos *Alemanha vs. Polônia (caso da Fábrica de Chorzow)* e *França vs. Brasil (caso dos Empréstimos Franco-brasileiros)*⁴⁷⁶. Embora tenha parado de funcionar em 1940, a CPJ foi extinta formalmente apenas em 1946. Nesse mesmo ano, foi criada a Corte Internacional de Justiça, já no seio da Organização das Nações Unidas – ONU, que sucedeu a antiga Liga das Nações. Nesse contexto, o caso do Estreito de Corfu é paradigmático, pois iniciou os trabalhos da jurisdição contenciosa da Corte Internacional de Justiça, fato que é sempre lembrado pelos estudiosos do direito internacional.

1.2.2. Reconhecimento do direito de passagem inocente como norma consuetudinária de direito internacional. O direito de passagem inocente consiste em uma travessia contínua, sem qualquer tipo de ancoragem e turbação ao mar territorial do Estado Costeiro. Esse direito de passagem inocente foi reconhecido pela primeira vez no caso do Estreito de Corfu, situado entre a Ilha de Corfu – pertencente à Grécia – e os territórios continentais da Albânia e Grécia. Ocorre que, à época do julgamento do caso *Reino Unido vs. Albânia*, não havia qualquer previsão convencional acerca do direito de passagem inocente. Assim, a Corte Internacional de Justiça reconheceu o direito de passagem inocente como um costume internacional, podendo ser, inclusive, aplicado no caso de navios militares, conforme ocorreu no caso do Estreito de Corfu. Atualmente, o tema já possui previsão convencional, conforme art. 17 e seguintes da Convenção de Montego Bay sobre Direito do Mar⁴⁷⁷. Por fim, é importante ressaltar que o Brasil pode, excepcionalmente, exercer jurisdição penal sobre os fatos que ocorrerem na passagem inocente de navio estrangeiro em águas brasileiras. Trata-se das hipóteses em que há pedido do capitão do navio estrangeiro ou em caso de a embarcação estrangeira praticar alguma conduta que ofenda os interesses do Estado brasileiro durante sua passagem⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ O caso dos empréstimos franco-brasileiros na Corte Permanente de Justiça foi o único caso em que o Brasil foi processado perante a jurisdição internacional global contenciosa em toda a sua história. Nesse caso, a França sagrou-se vencedora. No âmbito da Corte Internacional de Justiça, o Brasil ainda não figurou como parte em eventual litígio.

⁴⁷⁷ Além da Convenção de Montego Bay sobre Direito do Mar, já incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o tema também é regulado pela Lei. 8.617/1993, que dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências

⁴⁷⁸ Nesse sentido é a lição de Paulo Henrique Gonçalves Portela: “A passagem será inocente quando não for prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Estado costeiro, entendendo-se como pre-

1.2.3. Aceitação tácita da jurisdição da Corte Internacional de Justiça pela Albânia. Hodiernamente, quatro são as formas de aceitação da jurisdição contenciosa da Corte Internacional de Justiça. No entanto, nem sempre foi assim. Quando criado o Estatuto Internacional da Corte Internacional de Justiça, três eram as formas de se aceitar a jurisdição contenciosa do Tribunal de Haia: a) Aceitação da Cláusula Raul Fernandes⁴⁷⁹; b) Previsão em tratado internacional específico aceitando a jurisdição contenciosa da CIJ; e c) Submissão “*ad hoc*” de um caso à Corte Internacional de Justiça. Ocorre que, ao julgar o Caso *Reino Unido vs. Albânia*, a Corte Internacional de Justiça passou a admitir uma quarta forma de aderir a sua jurisdição: a aceitação tácita⁴⁸⁰. Isso ocorreu após o Tribunal de Haia notificar a Albânia, ré no caso do Estreito de Corfu, que, em vez de alegar ser um Estado que não o reconhece da jurisdição da Corte Internacional de Justiça, acabou por realizar a sua defesa de mérito, aceitando implicitamente a jurisdição da Corte Internacional de Justiça.

1.2.4. É possível falar em um direito de passagem inocente para aeronaves? Para o Direito Internacional, não é correto falar em direito de passagem inocente para aeronaves. Isso em razão de haver previsão convencional expressa de instituto similar para as aeronaves, o chamado direito de sobrevoo. O direito de passagem inocente, como já visto, possui origem consuetudinária, embora atualmente já esteja previsto na Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, assim como na legislação interna brasileira. Já o direito de sobrevoo possui origem convencional, pois está regulado pela Convenção da Aviação Civil Internacional, popularmente conhecida como Convenção de Chicago. Assim, pelo princípio da especialidade, não há que se falar em passagem inocente para aeronaves, ante a existência de instituto próprio para a aplicação no espaço aéreo.

2. Caso Bélgica vs. Espanha (Barcelona Traction)

Data do julgamento	24.07.1964
--------------------	------------

2.1. Resumo do caso

No ano de 1962, o Estado da Bélgica ajuizou demanda contra a Espanha, perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ), pleiteando indenização para nacionais seus, sócios da *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, que possuía sede no Canadá e

judiciais atos como ações militares, espionagem, poluição, pesca ou o embarque ou desembarque de qualquer produto, moeda ou pessoa com violação das leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários do Estado Costeiro” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Manual de direito internacional público e privado*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 582).

⁴⁷⁹ Esta cláusula é facultativa para os Estados e consiste no reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça. A cláusula leva esse nome em razão do diplomata brasileiro Raul Fernandes nomeado pelo Conselho das Nações, para organizar o projeto de Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, reunido em Haia de junho a julho de 1920. O Brasil, ainda receoso em submeter toda e qualquer controvérsia à jurisdição da Corte Internacional de Justiça, não aceitou a Cláusula Raul Fernandes.

⁴⁸⁰ Hipótese também conhecida como “prorrogação”.

havia fornecido sede na região espanhola da Catalunha, por intermédio de empresas subsidiárias.

Antes de o caso chegar à Corte Internacional de Justiça, diversas ações foram intentadas pelos particulares interessados, durante anos, perante o Poder Judiciário da Espanha. Como argumento na demanda internacional, a Bélgica sustentou que a empresa *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* foi levada à falência, o que ocasionou sensíveis prejuízos aos sócios belgas que foram expostos às medidas abusivas perpetradas pelo Governo espanhol, dentre elas, a restrição a transações financeiras da *Barcelona Traction*, adotadas na década de 1930, sob o argumento da Guerra Civil Espanhola.

Ao decidir o caso, a Corte Internacional de Justiça negou à Bélgica legitimidade ativa para defender, em face da Espanha, os interesses de seus nacionais tão somente por sua condição de sócios da empresa canadense. Ainda segundo a CIJ, o Estado do Canadá seria o legitimado ativo com interesse na causa, já que a empresa *Barcelona Traction* era de origem canadense.

2.2. Pontos importantes

2.2.1. O caso envolve o instituto da proteção diplomática⁴⁸¹. A CIJ entendeu que a Bélgica não possuía *jus standi* (legitimidade ativa) para propor a ação pleiteando em defesa dos interesses dos acionistas. O Canadá é quem poderia pleitear proteção diplomática da empresa canadense, uma vez que as medidas reivindicadas se referiam à própria companhia. Em breve síntese, a proteção diplomática se caracteriza nos casos em que os Estados podem tomar para si os litígios referentes a danos sofridos por seus nacionais⁴⁸². Tal instituto possui origem costumeira, assim, o regramento da proteção diplomática foi sendo disciplinado por meio dos precedentes internacionais⁴⁸³. Ainda sobre o tema da proteção diplomática, a doutrina internacional reconhece a existência da chamada “Cláusula Calvo”⁴⁸⁴, disposição contratual que visa afastar o direito de outros Estados à proteção de seus nacionais e das empresas de sua nacionalidade. Assim, a cláusula em

⁴⁸¹ O *leading case* sobre o tema da proteção diplomática é o caso “Decretos de Nacionalização” julgado pela Corte Permanente de Justiça no ano de 1912.

⁴⁸² A doutrina convencionou chamar de “responsabilidade internacional indireta” os casos em que o Estado adjudica o conflito de seus nacionais, uma vez que esse Estado se responsabiliza por um evento que ocorre inicialmente em âmbito doméstico externo e envolve apenas os seus nacionais. Ainda sobre a proteção diplomática, lembramos que, nos casos envolvendo um indivíduo polipátrida, não é possível a utilização do instituto da proteção diplomática por um Estado contra o outro, já que, nesse caso, em razão da dupla nacionalidade do indivíduo, ambos teriam legitimidade ativa para exercer a proteção diplomática e adjudicar o feito. Nesse sentido, ver: *Caso Canevaro*, julgado pela Corte Permanente de Justiça.

⁴⁸³ São requisitos para a viabilização da proteção diplomática: a) o esgotamento dos recursos internos; e b) o pedido de endosso, que consiste no meio pelo qual a proteção diplomática é concedida. Ainda sobre o tema, parte da doutrina alerta para o cunho discriminatório do instituto da proteção diplomática, já que o Estado só pode adjudicar o conflito de seus nacionais.

⁴⁸⁴ A *clausula calvo* não se confunde com a cláusula de estabilização. Esta última busca impedir os Estados de alterar unilateralmente as condições do contrato por via de alteração de sua legislação que dificulte ou onere, para o particular contratado, o adimplemento de suas obrigações. A cláusula de estabilização visa “congelar” o que foi pactuado, evitando, assim, maiores surpresas.

estudo consiste em uma espécie de renúncia à proteção diplomática pelos estrangeiros que celebravam contratos em outros Estados. No entanto, a jurisprudência internacional arbitral conferia pouca eficácia à cláusula calvo, já que o estrangeiro renunciava a um direito que não o pertencia, visto que a proteção diplomática é um direito do Estado.

2.2.2. Reconhecimento da existência de obrigações *erga omnes* no direito internacional.

Sem dúvida, o ponto mais importante do caso *Barcelona Traction* foi o reconhecimento, ainda que de forma incidental e não para o caso em estudo, da existência de obrigações *erga omnes* no direito internacional, as quais regulam normas de interesse de toda comunidade internacional, e, portanto, todo e qualquer Estado possui legitimidade para buscar a responsabilidade internacional do Estado infrator e a consequente reparação do ilícito, mesmo que esse Estado ou algum nacional seu não tenha sofrido diretamente os efeitos da violação da obrigação *erga omnes*. É importante ressaltar que não há um rol preestabelecido de quais seriam essas obrigações *erga omnes*, assim, geralmente, o reconhecimento ou não de determinada matéria como obrigação *erga omnes* se dá por meio da jurisprudência dos tribunais internacionais.

3. Caso Colômbia vs. Peru (Haya de La Torre)

Data do julgamento	13.06.1951
--------------------	------------

3.1. Resumo do caso

O precedente Haya de la Torre deve ser dividido em duas etapas. A primeira discutiu a possibilidade de um Estado (Colômbia) oferecer asilo diplomático a alguém que esteja sendo processado por crimes políticos no território do Estado (Peru) em que situada a embaixada daquele. Nessa toada, a Corte Internacional de Justiça decidiu que, no caso do sr. Haya de la Torre, a Colômbia não aplicou adequadamente os dispositivos da Convenção de Havana sobre o Asilo de 1928, pois não caberia ao Estado que estabelece uma embaixada em outro país qualificar unilateralmente o caráter político ou não do crime. Nesse sentido, o Tribunal de Haia negou a existência de um costume de qualificação unilateral dos crimes como políticos, tendo em vista a ausência de uso constante e uniforme de tal qualificação unilateral. Caberia, assim, a qualificação de comum acordo entre os Estados. Por isso, considerando que a concessão de salvo-conduto é obrigatória no caso de crime político, mas não no de crime comum (como sustentava o Peru), a Corte Internacional de Justiça negou a obrigação do Peru de outorgar o salvo-conduto, aplicando literalmente a Convenção de Havana. Na segunda etapa do caso, a Corte Internacional de Justiça decidiu que, apesar de o asilo ter sido oferecido indevidamente, a Colômbia não estava obrigada a entregar a pessoa asilada ao país territorial: o Estado em cuja embaixada a pessoa se encontra pode pôr fim ao asilo sem a entrega (obtendo, por exemplo, salvo-conduto para levar a pessoa a outro país). Reconheceu-se, assim, o costume do asilo diplomático como um costume regional aplicado apenas no continente americano.

3.2. Pontos importantes

3.2.1. O asilo diplomático é um costume internacional regional, aplicado apenas no âmbito da América Latina. No *Caso Haya de La Torre*, a Corte Internacional de Justiça não reconheceu a existência do asilo diplomático como um costume internacional regional, aplicável apenas no âmbito do continente americano. Todavia, posteriormente ao *Caso Haya de La Torre*, o asilo diplomático foi reconhecido como costume internacional regional pela Corte Internacional de Justiça. É importante ressaltar que, no âmbito internacional, o costume é reconhecido como fonte do direito, dotado de força coercitiva⁴⁸⁵, podendo, inclusive, prevalecer em um conflito com determinado tratado internacional de direitos humanos. Ainda nesse sentido, os costumes internacionais podem ser universais, quando aplicáveis em todos os continentes, ou regionais, quando aplicáveis apenas em determinado continente. Por fim, é importante ressaltar que os costumes internacionais são aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro de forma direta, por meio do fenômeno da impropriedade, como se fossem *law of the land*⁴⁸⁶.

3.2.2. Cabe ao Estado asilante classificar a natureza do delito ou dos motivos da perseguição para a finalidade de concessão do asilo diplomático. No *Caso Haya de La Torre*, a Corte Internacional de Justiça decidiu que não caberia ao Estado asilante realizar a análise acerca da natureza do delito ou dos motivos da perseguição para a concessão do asilo diplomático. No entanto, com o advento da Convenção sobre Asilo Diplomático, tal entendimento foi superado. Nesse sentido é o teor do art. IV da referida Convenção: “Compete ao Estado asilante a classificação da natureza do delito ou dos motivos da perseguição”.

3.3. Conexões com o Direito brasileiro

3.3.1. Espécies de asilo. Segundo a doutrina e os tratados internacionais de direitos humanos, há três espécies de asilo. São elas:

Espécie de asilo	
Asilo territorial	O estrangeiro solicita o asilo no território do Estado pelo qual adentrou.
Asilo diplomático	É um costume regional da América Latina. Consiste no acolhimento do estrangeiro nas instalações das missões diplomáticas.
Asilo militar	Consiste no acolhimento do estrangeiro no interior de determinada embarcação ou aeronave oficial.

⁴⁸⁵ No entanto, um Estado pode se subtrair à aplicação de um costume internacional em vigor caso consiga provar que, persistentemente e de forma inequívoca, se opôs ao seu conteúdo desde a sua formação, não havendo, por conseguinte, vinculação por parte do Estado a esta fonte do Direito. Trata-se da teoria do objeto persistente (*persistent objector*), aplicável em todo e qualquer caso envolvendo costume internacional, com exceção dos costumes internacionais classificados como norma de *jus cogens*.

⁴⁸⁶ Tal situação pode ser facilmente visualizada nos casos envolvendo imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros, uma vez que, em que pese não exista qualquer lei interna ou tratado internacional sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal reconhece e aplica, com fulcro em costume internacional, a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros no ordenamento jurídico interno.

3.3.2. Asilo *versus* refúgio. Ambos os institutos compõem o bloco de normas chamado de “direito ao acolhimento”, que busca dar guarida aos indivíduos que sofrem determinadas perseguições e precisam abandonar seu território de origem. No entanto, há uma série de diferenças entre o asilo e o refúgio, que podem ser visualizadas no quadro a seguir:

Diferenças entre os institutos do asilo e do refúgio	
ASILO	REFÚGIO
É ato constitutivo e discricionário.	É ato vinculado e declaratório.
Busca acolher perseguido político.	Contempla vários tipos de perseguição.
Não conta com uma organização internacional de supervisão.	O refúgio é supervisionado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).
Não pode ser concedido no caso de “fundado temor de perseguição”. Exige atualidade e uma “situação de urgência” na perseguição.	Não exige “situação de urgência” para a sua concessão. Basta o fundado temor.
É mencionado brevemente na Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro).	O refúgio é regulado por lei própria (Lei 9.474/1997).
Não há direito subjetivo de ingresso no território nacional.	Há direito subjetivo de ingresso no território nacional brasileiro.
É regido precipuamente pelo costume internacional.	É regido precipuamente por tratados internacionais.

3.3.3. Natureza constitucional do asilo e seus pressupostos. O art. 4º, X, da Constituição Federal de 1988 prevê a concessão de asilo político como um dos princípios que regem as relações internacionais do Estado brasileiro com outros países. Ainda nessa linha, a prática estatal consolidou-se no sentido de exigir três pressupostos para que esteja caracterizada a chamada “situação de asilo”. São eles:

Pressupostos para que esteja caracterizada a chamada “situação de asilo”	
Pressuposto subjetivo	O asilado deve ser estrangeiro.
Pressuposto objetivo	A perseguição deve ser política.
Pressuposto temporal	Deve existir uma atualidade da perseguição.

Em razão do pressuposto subjetivo, parte da doutrina entende que o asilo seria um direito fundamental aplicável exclusivamente aos estrangeiros.

3.3.4. Costume internacional sábio *versus* costume internacional selvagem. A doutrina divide os costumes internacionais em costumes sábios e costumes selvagens, sendo os primeiros aqueles que nascem da prática dos Estados representada pela repetição de atos ao longo do tempo, enquanto que os segundos nascem de uma necessidade momentânea

e repentina, como, por exemplo, a aprovação de uma resolução da Assembleia Geral da ONU em razão de fatos extraordinários.

4. Caso Congo vs. Bélgica (Caso Yerodia)

Data do julgamento	11.02.2002
--------------------	------------

4.1. Resumo do caso

No dia 11 de abril de 2000, um magistrado de primeiro grau do Tribunal de Bruxelas expediu uma ordem internacional de captura *in absentia* contra Abdulaye Yerodia Ndombasi, então Ministro das Relações Exteriores da República Democrática do Congo. Segundo o magistrado belga Vandermeersch, a ordem internacional de captura foi exarada por ter sido o sr. Yerodia responsável por graves violações das Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais de crimes contra a humanidade. Os delitos de que o sr. Yerodia estava sendo acusado eram puníveis pelo Estado belga com base em uma lei local referente à “punição de graves violações das Convenções Internacionais de Genebra e seus Protocolos Adicionais”. Basicamente, o juiz belga emitiu, com base em sua legislação interna, uma ordem internacional de captura em desfavor do Ministro das Relações Exteriores do Congo, que sequer estava em território belga. Diante do ocorrido, no dia 17 de outubro de 2000, aproximadamente 6 meses após a emissão da ordem internacional de captura pelo magistrado belga, a República Democrática do Congo levou o caso para a Corte Internacional de Justiça, objetivando que fosse anulada a ordem de prisão internacional expedida contra o sr. Yerodia. Basicamente, os argumentos levantados pelo Estado congolês eram: a) a nulidade da ordem internacional de captura expedida pelo Estado belga, visto que a Bélgica atribuiu uma jurisdição universal a si própria, com base unicamente em uma lei interna, violando o princípio de que um Estado não pode exercer sua autoridade em território de outro Estado, bem como a igualdade soberana entre os membros das Nações Unidas; e b) o Estado belga ignorou a imunidade de jurisdição do sr. Yerodia, que, na época do ocorrido, ocupava o cargo de Ministro das Relações Exteriores da República Democrática do Congo.

Assim, segundo o Estado congolês, a Bélgica também estaria violando uma imunidade diplomática. Com base no princípio da *kompetenz-kompetenz*, a Corte Internacional de Justiça se declarou competente para julgar o caso, dado que, na data da reclamação feita pelo Estado do Congo, as partes estavam vinculadas por uma declaração obrigatória de submissão à jurisdição da Corte. No momento do julgamento pela Corte Internacional de Justiça, Yerodia não ocupava mais o cargo de Ministro das Relações Exteriores da República Democrática do Congo, o que não constituiu óbice para o processamento do feito na CIJ, pois, quando estabelecido o litígio, o sr. Yerodia ainda ostentava a condição de Ministro de Estado. Após examinar as Convenções de Viena sobre Direitos dos Tratados e a Convenção de Nova York sobre Missões Especiais, a Corte Internacional de Justiça não encontrou nenhuma norma que fizesse referência a possível imunidade a ser gozada por um Ministro das Relações Exteriores. Assim, a Corte Internacional de Justiça recorreu ao Direito Internacional Costumeiro e constatou que haveria um costume internacional em vigor, conferindo imunidade ao Ministro das Relações Exteriores, não como benefício

pessoal, mas sim para assegurar que o ocupante do cargo pudesse desempenhar suas funções com a maior integralidade e plenitude possível.

Portanto, para a Corte Internacional de Justiça, o Estado belga violou uma norma de Direito Internacional Costumey em relação à República Democrática do Congo. Da mesma forma, a Corte Internacional de Justiça concluiu pela incompetência do magistrado belga para processar e julgar o sr. Yerodia com base em uma lei interna, tendo em vista que ele sequer estava em território belga no momento em que a ordem internacional de captura foi emitida. Assim, para a Corte Internacional de Justiça, não há no atual cenário do Direito Internacional uma norma costumeira que reconheça uma jurisdição universal *in absentia*.

4.2. Pontos importantes

4.2.1. A imunidade de Ministro das Relações Exteriores é absoluta e equivale à imunidade diplomática. Ao analisar a reclamação da República Democrática do Congo no *Caso Yerodia*, a Corte Internacional de Justiça reconheceu que, em razão de um costume internacional vigente na ordem internacional, o cargo de Ministro das Relações Exteriores possui imunidade absoluta, que equivale à imunidade diplomática. Vale relembrar que as imunidades diplomáticas conferem uma proteção penal plena, de tal maneira que os indivíduos por ela protegidos não podem ser processados, julgados nem condenados no Estado acreditado. Portanto, equivocou-se o magistrado belga ao emitir ordem internacional de captura contra o sr. Yerodia, já que este estaria sob a proteção da imunidade diplomática. Vale relembrar que a imunidade de jurisdição não se confunde com a responsabilidade individual (como, por exemplo, em julgamentos diante do TPI ou do Tribunal Especial para Serra Leoa, ambos tribunais internacionais que julgam indivíduos). A imunidade de jurisdição apenas impede a persecução penal por outro país.

4.2.2. Jurisdição penal universal e suas modalidades. A regra internacional da jurisdição universal admite que o Estado possa regular e sancionar condutas realizadas fora do seu território, colaborando com a ordem internacional no combate à impunidade e assegurando os valores essenciais da comunidade internacional. Sobre o conceito de jurisdição universal, é a lição de José Cretella Neto: “O princípio da jurisdição universal reflete a noção de que certos crimes são de tal modo abomináveis e aberrantes, que todos os Estados têm – em tese, ao menos – interesse em assegurar que os criminosos sejam levados a julgamento”⁴⁸⁷. Com o intuito de aprofundar a questão, elaboramos um quadro com as modalidades de jurisdição penal universal existentes:

Modalidades de jurisdição penal universal	
Jurisdição universal comum ou grociana	É aquela jurisdição na qual o Direito Internacional admite que um Estado possa regular e sancionar uma conduta realizada fora do seu território. É nada mais, nada menos que a extraterritorialidade da lei penal, prevista no art. 7º, II, do Código Penal brasileiro. Leva o nome de jurisdição grociana em homenagem a Hugo Grócio (ou Grotius), principal expoente e defensor desse modelo de jurisdição ⁴⁸⁸ .

⁴⁸⁷ CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 246.

⁴⁸⁸ Sobre o conceito de jurisdição grociana, é a lição de André de Carvalho Ramos: “O primeiro tipo é a jurisdição universal comum (ou grociana), pela qual o Direito Internacional permite que um Estado

Jurisdição universal especial ou qualificada	A jurisdição universal especial visa impedir que os indivíduos, com fulcro na sua legislação local, violem valores essenciais para a comunidade internacional (v.g., crimes de <i>jus cogens</i>). Assim, não há que se confundir a jurisdição universal especial com a jurisdição universal comum, já que aquela visa coibir que os indivíduos violem normas internacionais essenciais, enquanto esta tem como seu principal objetivo regular e sancionar uma conduta realizada fora de seu território, impedindo a impunidade e a criação de paraísos seguros da criminalidade. Diante da consolidação dos crimes de <i>jus cogens</i> na ordem internacional, a doutrina e os tribunais internacionais passaram a dividir a jurisdição universal especial em duas modalidades: a jurisdição universal qualificada condicional ou imperfeita e a jurisdição universal qualificada absoluta, perfeita ou <i>in absentia</i> .
Jurisdição universal qualificada condicional ou imperfeita	Essa modalidade de jurisdição universal exige a presença do acusado no território do Estado que pretende dar início à perseguição. O Brasil ratificou diversos tratados internacionais que permitem a perseguição penal em razão da jurisdição universal qualificada imperfeita. Sobre a jurisdição universal qualificada “condicional”, é a lição de André de Carvalho Ramos: “Na jurisdição universal condicional (ou imperfeita) a lei nacional exige que o acusado esteja em custódia do Estado para o início da perseguição (<i>judex deprehensionis</i>). Assim, a presença física do acusado no território do Estado é um vínculo indispensável”.
Jurisdição universal qualificada absoluta, perfeita ou <i>in absentia</i>	Esta modalidade de jurisdição permite a aplicação extraterritorial da lei penal local de maneira incondicional; também possibilita que o sujeito autor da conduta violadora de normas essenciais para a comunidade internacional sequer esteja no território do país que pretende prendê-lo. Pela jurisdição universal qualificada absoluta, o Estado poderia emitir uma ordem de prisão para qualquer indivíduo, de qualquer lugar do mundo, tornando-se um verdadeiro “xerife mundial” da ordem internacional. Foi o fundamento utilizado pela Bélgica para a emissão da ordem internacional contra o sr. Yerodia. Os países que emitem ordens internacionais baseadas na jurisdição universal <i>in absentia</i> alegam que, embora não haja tratados internacionais regulando a matéria, haveria um costume internacional permitindo a jurisdição universal qualificada absoluta. Não foi o que entendeu a Corte Internacional de Justiça no <i>Caso Yerodia</i> , conforme veremos a seguir. O Estado brasileiro não adota a jurisdição universal qualificada “absoluta”, “perfeita” ou “ <i>in absentia</i> ” ⁴⁸⁹ .

possa regular e sancionar uma conduta realizada fora de seu território, pois, de outro modo, esta restaria impune, prejudicando os esforços de outro Estado. Essa hipótese de aplicação extraterritorial da jurisdição normativa é longeva no Direito Internacional, em especial no que tange a leis penais (...) Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal possui diversos precedentes que pugnam pela aplicação da lei brasileira a condutas ilícitas ocorridas no exterior – cujos autores não estão sujeitos à extradição – para cumprir o ideal grociano de ‘aut dedere aut judicare’, revelando, aos olhos do STF, o compromisso ético jurídico que o Brasil deve assumir na repressão da criminalidade comum” (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos...*, p. 286-287). Logo, segundo o posicionamento da doutrina, bem como do próprio Supremo Tribunal Federal, é possível concluir que o Brasil adota o critério da jurisdição universal comum, seja por meio do seu Código Penal, da ratificação de Tratados Internacionais, ou, ainda, de sua jurisprudência.

⁴⁸⁹ A respeito deste tópico, é a lição de André de Carvalho Ramos: “Já o segundo tipo é denominado

4.2.3. Não há um costume internacional que permita a aplicação da jurisdição universal penal *in absentia*. Conforme já explicado no tópico anterior, a jurisdição universal penal *in absentia* é aquela que permite a aplicação extraterritorial da lei interna aos autores de crimes de *jus cogens*, ainda que estes jamais tenham estado no território do Estado emissor da ordem internacional de captura. Como não há tratado internacional que regule a matéria, a Bélgica, ao expedir uma ordem internacional de captura contra o sr. Yerodia, fundamentou a jurisdição universal *in absentia* em um possível costume internacional existente na ordem internacional. Porém, ao julgar o *Caso Congo vs. Bélgica*, a Corte Internacional de Justiça não reconheceu a existência de um costume internacional que possa legitimar a jurisdição universal *in absentia*; por conseguinte, anulou a ordem internacional de captura emitida pelo Estado belga contra o sr. Yerodia, tendo em vista que este sequer se encontrava em território belga⁴⁹⁰.

4.3. Conexões com o Direito brasileiro

4.3.1. Intraterritorialidade da lei penal. A intraterritorialidade da lei consiste no fenômeno da incidência da lei estrangeira para um fato típico ocorrido dentro do Estado brasileiro. Há crimes que ocorrem dentro do território brasileiro aos quais não é possível aplicar a lei doméstica, como nos casos em que o delito se passa dentro de uma embarcação ou aeronave pública estrangeira a serviço do Estado estrangeiro, ou, ainda, nos crimes cometidos no Brasil, porém acobertados por imunidade diplomática ou consular. Nesses casos, aplica-se o Direito estrangeiro ou internacional, por autoridade estrangeira e no país estrangeiro. A intraterritorialidade da lei penal é o fenômeno oposto à extraterritorialidade da lei penal, que ocorre quando um crime é cometido no estrangeiro, mas a ele se aplica a lei brasileira.

4.3.2. Impossibilidade de validação automática da difusão vermelha (*red notice*). A

jurisdição universal qualificada absoluta (ou perfeita), que permite a aplicação extraterritorial da lei nacional penal, mesmo que o perpetrador da conduta bárbara nem sequer esteja em seu território (por isso também é denominada jurisdição universal *in absentia*). Assim, uma lei nacional de jurisdição universal absoluta possibilita o início da persecução criminal com o consequente pedido de prisão do indivíduo, mesmo que este jamais tido algum contato com o Estado do processo” (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos...*, p. 288).

⁴⁹⁰ Sobre a inexistência de um costume internacional que legitime a jurisdição universal qualificada absoluta, é a lição de André de Carvalho Ramos: “De fato, o costume internacional cristalizado no pós-Nuremberg admite a tipificação especial – com regime jurídico próprio, como, por exemplo, o dever de julgar ou extraditar, a imprescritibilidade dos crimes e ausência de qualquer imunidade desses violadores – mas não legitima a jurisdição universal *in absentia*. É necessário separar, então, o regime material especial dos crimes de *jus cogens* (crimes contra a humanidade e assemelhados) do regime processual que trata da hipótese de aplicação extraterritorial da lei local. Pelo contrário, os Estados, como a Espanha e a Bélgica, que adotaram leis locais de jurisdição universal *in absentia* foram duramente criticados e, inclusive, a Bélgica foi processada pelo Congo perante a Corte Internacional de Justiça no chamado Caso do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000. Nesse caso, a Corte Internacional de Justiça decidiu, por maioria (com voto inclusive do então Juiz Francisco Rezek), que não havia um costume internacional que amparasse a lei belga de jurisdição universal *in absentia*. Demonstrando a aceitação da posição da Corte, tanto a Bélgica quanto a Espanha alteraram suas leis internas para reduzir o alcance da jurisdição universal para a espécie de jurisdição universal condicional ou imperfeita” (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos...*, p. 289).

difusão vermelha, também chamada de *red notice*, consiste em verdadeira notícia da existência de um alerta expedido pelas autoridades judiciais de um Estado-membro da INTERPOL, visando à extradição da pessoa procurada. Vejamos a lição de Vladimir Aras sobre o conceito de *red notice*: “As difusões vermelhas (*red notices*) são registros utilizados pela Organização de Polícia Internacional (Interpol) para divulgar entre os Estados-membros a existência de mandados de prisão em aberto, expedidos por autoridades competentes nacionais ou por tribunais penais internacionais, no curso de procedimentos criminais. Quando uma difusão vermelha é expedida, as organizações policiais que representam a Interpol em cada um dos seus 188 Estados-Partes podem dar execução aos mandados de captura internacional”⁴⁹¹. Apesar de ter enfrentado poucas vezes o tema, o STF, ao se deparar com a ordem internacional de captura da INTERPOL (também chamada de *red notice*), entendeu que esta não recebe validação automática pelo Estado brasileiro. Assim, além da ordem internacionalmente emitida, a prisão cautelar do foragido internacional deve ser requerida e decretada pelo STF (HC 80.923, rel. min. Néri da Silveira, Plenário, j. 15.08.2001). Desse modo, o Supremo deixou claro que há a necessidade do preenchimento de outros requisitos, não bastando a mera ordem de prisão internacional para que o foragido possa ser preso no Estado brasileiro.

“Cores” das difusões e seus significados	
Difusão azul (<i>blue notice</i>)	Objetiva coletar informações sobre a identidade de um indivíduo ou atividade em relação a determinado crime.
Difusão amarela (<i>yellow notice</i>)	Objetiva ajudar a localizar pessoas desaparecidas.
Difusão branca (<i>white notice</i>)	Objetiva localizar e proteger bens culturais.
Difusão preta (<i>black notice</i>)	Objetiva buscar informações sobre corpos não identificados.
Difusão roxa (<i>purple notice</i>)	Objetiva buscar informações sobre o <i>modus operandi</i> , objetos e métodos utilizados por criminosos.
Difusão verde (<i>green notice</i>)	Objetiva buscar informações de natureza criminal sobre pessoas que cometeram delitos e estão propensas a reincidir em outro país.
Difusão laranja (<i>orange notice</i>)	Objetiva avisar a população em geral sobre um determinado evento, objeto, pessoa ou situação de iminente perigo.

4.3.3. O Supremo Tribunal Federal não possui competência para julgar *habeas corpus* contra chefe da INTERPOL. O STF entende pela sua incompetência para julgar *habeas corpus* contra ato do Delegado-Chefe da INTERPOL no Brasil. Segundo o Supremo, a hipótese em comento não estaria elencada pela Constituição Federal de 1988 como um dos casos de competência da Corte (HC 119.056, rel. min. Cármen Lúcia, Plenário, j. 03.10.2013).

⁴⁹¹ ARAS, Vladimir. *A difusão vermelha no Brasil*. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2010/02/21/a-difusao-vermelha/>>.

4.3.4. A Interpol tem legitimidade para formular perante o Ministério da Justiça pedido de prisão cautelar para fins de extradição. No final do ano de 2014, o STF reconheceu a legitimidade da INTERPOL para formular pedido de prisão cautelar para fins de extradição (PPE 732, rel. min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 02.02.2015), ressaltando que tal conclusão decorre da alteração promovida no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980) pela Lei 12.878/2013, que conferiu nova redação ao art. 82, § 2º, estabelecendo que “O pedido de prisão cautelar poderá ser apresentado ao Ministério da Justiça por meio da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol), devidamente instruído com a documentação comprobatória da existência de ordem de prisão proferida por Estado estrangeiro” (ver PPE 732 QO).

5. Caso Alemanha vs. Itália e Grécia como terceiro interveniente (Caso Ferrini)

Data do julgamento	03.02.2012
--------------------	------------

5.1. Resumo do caso

Em 23 de dezembro de 2008, a Alemanha deu início a uma demanda perante a Corte Internacional de Justiça contra a Itália por violação da sua imunidade como Estado soberano na ordem internacional. Ao postular na Corte Internacional de Justiça, o Estado alemão alegou que a Itália havia se recusado a reconhecer a imunidade de Estado do país alemão perante suas cortes domésticas. Tal controvérsia atingiu seu ápice no *Caso Ferrini*, diante da Corte de Cassação italiana, onde se estabeleceu a competência dos tribunais italianos para processar e julgar feitos envolvendo indivíduos que, durante a Segunda Guerra Mundial, haviam sido deportados para a Alemanha para exercer a pena de trabalhos forçados. Bens da Alemanha estavam inclusive sendo bloqueados pelos tribunais italianos.

Além das iniciativas tomadas pelos italianos, alguns cidadãos gregos tentaram obter a execução em território italiano de decisões concedidas por tribunais gregos em virtude de um massacre realizado pelo exército alemão em território grego durante a Segunda Guerra Mundial. Em síntese, as cortes italianas e gregas estavam reconhecendo a responsabilidade da Alemanha por violação sistemática de direitos humanos de gregos e italianos durante a guerra. Assim, a Corte Internacional de Justiça foi chamada para resolver a controvérsia entre Alemanha e Itália.

Para a Corte Internacional de Justiça, a Itália ignorou o regramento clássico do Direito Internacional ao não respeitar a imunidade do Estado alemão. Segundo a CIJ, não é possível que um país no exercício de atos de império seja julgado por outro, tendo em vista que não há subordinação entre Estados na sociedade internacional. Na sociedade internacional, não há uma hierarquia entre Estados; não há como se falar em qualquer supremacia de um Estado sobre outro. Assim, segundo a Corte, nem mesmo a sistemática violação de direitos humanos perpetrada pelos agentes alemães na Segunda Guerra Mundial e tampouco a dificuldade para que essas pessoas ou seus familiares busquem uma eventual reparação na Justiça alemã justificariam a suspensão da imunidade dos Estados diante das jurisdições nacionais. Desse modo, a Corte Internacional de Justiça

ordenou que a Itália tornasse sem efeito as decisões judiciais contra a Alemanha, desconsiderando inclusive eventuais constrições contra os bens do Estado alemão.

5.2. Pontos importantes

5.2.1. Nem mesmo a grave violação de direitos humanos relativiza a imunidade de jurisdição estatal. A comunidade internacional lamentou muito a decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça no *Caso Alemanha vs. Itália*. Isso porque, no atual estágio da proteção internacional dos direitos humanos, esperava-se que a Corte de Haia pautasse sua decisão pelos princípios que resguardam os interesses da pessoa humana, como o princípio da máxima efetividade dos direitos humanos. Infelizmente, a Corte Internacional de Justiça preferiu adotar a tese mais cômoda e conservadora, fazendo prevalecer a imunidade de jurisdição estatal por atos de império, na qual ainda vigora o clássico brocardo *par in parem non habet iudicium*.

5.2.2. Teoria moderna sobre o alcance da imunidade de jurisdição estatal: distinção entre atos de gestão e atos de império. A temática relativa ao tema das imunidades de jurisdição estatal envolve a discussão entre as duas visões apresentadas pela doutrina e pelos próprios precedentes internacionais: a visão clássica e a visão moderna. De acordo com a visão clássica, um Estado não poderia ser julgado pelas autoridades de outro contra a sua vontade, pelo simples fundamento de que os “iguais não podem julgar iguais”, ressalvados os casos em que o próprio Estado demandado renuncia a sua imunidade. Atualmente, a teoria clássica se encontra defasada, prevalecendo tanto na jurisdição doméstica brasileira quanto nas cortes internacionais a teoria moderna das imunidades de jurisdição dos Estados⁴⁹². Por outro lado, a teoria moderna das imunidades de jurisdição dos Estados é aquela que distingue os atos estatais em atos de gestão e atos de império. Os atos de gestão seriam aqueles em que o Estado pratica sem qualquer potestade pública, sendo virtualmente equiparado a um particular. Nesses casos, não há qualquer imunidade de jurisdição estatal. São os casos em que o ato praticado pelo Estado envolve uma relação de natureza trabalhista, comercial ou civil. Já os atos de império são aqueles em que se vale de suas prerrogativas para praticar o ato. Nas situações em que o Estado se vale de suas prerrogativas inerentes para a prática do ato, prevalece o clássico brocardo *par in parem non habet iudicium* (não há jurisdição entre os iguais). Logo, de acordo com a visão mais moderna sobre o tema e atualmente adotada, para saber se um Estado estrangeiro pode ou não ser processado por outro Estado, deve-se analisar a natureza e o contexto do ato praticado. Por fim, deve-se atentar para o fato de que a teoria moderna

⁴⁹² Sobre a problemática posta, é a lição de Paulo Henrique Gonçalves Portela: “A imunidade absoluta é consentânea com o espírito da época em que surgiu, em que o Estado nacional se consolidava, fenômeno que ocorreu sob a égide do absolutismo e, portanto, de ideias como o ‘direito absoluto do Estado de se organizar, de não depender senão de seus próprios órgãos’, a ‘negação de subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder, passando este a encerrar um poder supremo e independente’ e a necessidade de oposição a poderes externos. Atualmente, a visão clássica encontra-se superada, não mais guiando os Estados diante da possibilidade de exame de um processo judicial em que o réu é outro Estado soberano. Entretanto, o inteiro teor da noção tradicional da matéria foi acolhido pela noção moderna a respeito da imunidade de jurisdição e ainda é pregada quando o Estado pratica os chamados ‘atos de império’ (...)” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 201).

das imunidades de jurisdição estatal aplica-se apenas para o processo de conhecimento, não se referindo à imunidade de execução⁴⁹³ e tampouco às organizações internacionais⁴⁹⁴, eis que nestes casos ainda vigora a teoria absoluta da imunidade de jurisdição⁴⁹⁵.

5.2.3. A Corte Internacional de Justiça admitiu um terceiro Estado como interveniente.

Além de Alemanha e Itália, a Corte Internacional de Justiça admitiu um terceiro interveniente no feito, a Grécia. Trata-se de um precedente incomum se analisarmos a jurisprudência tradicional da CIJ, conhecida por limitar os casos sobre sua responsabilidade apenas às partes envolvidas no contencioso.

5.2.4. Voto dissidente do juiz brasileiro Augusto Cançado Trindade. Para Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Internacional de Justiça e maior autoridade brasileira em matéria de direitos humanos, a imunidade de jurisdição estatal não poderia prevalecer sobre massivas violações de direitos humanos. Embora a opinião do professor Cançado Trindade tenha sido minoritária no *Caso Alemanha vs. Itália*, ela é de extrema importância para o estudo da proteção internacional dos direitos humanos, tendo em vista o caráter humanista, pedagógico e até mesmo revolucionário de seus votos quando a matéria envolve direitos humanos.

5.3. Conexões com o Direito brasileiro

5.3.1. Convergência entre o entendimento da Corte Internacional de Justiça e o entendimento da Justiça brasileira. Curiosamente, um caso análogo foi proposto perante a jurisdição brasileira. Um francês naturalizado brasileiro ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais contra o Estado alemão. Sustentou que, à época da Segunda Guerra Mundial, com a ocupação da França por tropas nazistas, foi vítima de diversas perseguições e humilhações pelos militantes alemães. O STJ decidiu pela imunidade de jurisdição do Estado alemão, pois as práticas nazistas perpetradas à época se caracterizam como atos de império (RO 99, rel. min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04.12.2012).

6. Caso Bélgica vs. Senegal (Caso Habré)

Data do julgamento	20.07.2012
--------------------	------------

6.1. Resumo do caso

⁴⁹³ Salvo em casos de renúncia da imunidade de execução pelo próprio ente estatal: STF, ACO 633 AgR, rel. min. Ellen Gracie, Plenário, j. 11.04.2007.

⁴⁹⁴ A Organização das Nações Unidas – ONU e sua agência Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD possuem imunidade de jurisdição e de execução relativamente a causas trabalhistas. Nesse sentido, ver: STF, RE 597.368, rel. min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 15.05.2013.

⁴⁹⁵ Mesmo nesses casos, é necessária a determinação da citação do Estado estrangeiro para que se decida se deseja ou não renunciar à imunidade de jurisdição. Se renunciar expressamente à imunidade, a execução prossegue normalmente. Se invocar a imunidade ou quedar silente, a execução é extinta sem resolução de mérito. Nesse sentido, ver STJ, RO 138, rel. min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 25.02.2014.

O sr. Hissène Habré foi presidente da República do Chade de 1982 até 1990. Seu mandato ficou marcado pela sistemática violação de direitos humanos no país, eis que o Governo liderado por Habré praticava a tortura de maneira corriqueira e usual; não bastasse isso, ceifava a vida de qualquer pessoa que se manifestasse contra seu governo. Milhares de pessoas foram mortas e torturadas na República do Chade. Em 1990, diante de todas as atrocidades cometidas pelo seu governo, Hissène Habré foi deposto do cargo e fugiu para a cidade de Dakar, no Senegal, onde recebeu asilo. Após alguns anos, a República do Chade pediu a repatriação do ex-presidente para que ele pudesse responder por todas as violações de direitos humanos cometidas durante o seu governo. Nesse interregno, a Bélgica também pediu a extradição de Habré, já que algumas vítimas do Regime comandado por ele, que contavam com dupla cidadania, vieram a postular diante do Judiciário da Bélgica. O Senegal negou o pedido de repatriação do ex-presidente Habré para a República do Chade, alegando que esta não o julgaria de maneira imparcial. No ano de 2005, o Estado do Senegal também denegou o pedido de extradição do ex-presidente Habré para a Bélgica.

Assim, antes de realizar um terceiro pedido de extradição do sr. Habré, a Bélgica levou o caso até a Corte Internacional de Justiça. O Estado belga baseou suas alegações nos arts. 6º, § 2, e 7º, § 1º, da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Convenção contra a Tortura), que preveem a possibilidade de jurisdição universal, diante da cláusula de *aut dedere aut judicare* (extradite ou julgue) para aqueles que perpetrarem atos de tortura. Além disso, o Estado belga embasou suas alegações em normas internacionais consuetudinárias.

No dia 20 de julho de 2012, a Corte Internacional de Justiça decidiu – com fulcro nos arts. 6º, § 2º, e 7º, § 1º, da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura – que o Estado do Senegal deveria julgar imediatamente o ex-presidente do Chade, sr. Hissène Habré, e, em caso de recusa do Estado senegalês a fazê-lo, extraditar o ex-presidente do Chade para o Estado belga. Do mesmo modo, com fulcro no art. 6º, §§ 1 e 2, da Convenção da ONU contra a Tortura, a Corte de Haia responsabilizou o Estado de Senegal por não ter aberto de maneira imediata, assim que tomou ciência dos fatos, uma investigação preliminar contra o sr. Habré. Assim, para a Corte Internacional de Justiça, a obrigação de investigar não é uma faculdade, mas uma obrigação do país onde se encontra o acusado de crimes de tortura. Ainda segundo a Corte de Haia, a única hipótese em que o Senegal poderia deixar de investigar e julgar o sr. Habré seria se o país tivesse extraditado o ex-presidente do Chade para um Estado competente e que tivesse solicitado a extradição, como ocorreu no caso da Bélgica.

6.2. Pontos importantes

6.2.1. Jurisdição universal prevista para o crime de tortura na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Diferentemente do *Caso Bélgica vs. Congo (Caso Yerodia)*, em que o fundamento analisado pela Corte Internacional de Justiça para conferir validade ou não à jurisdição universal era o ordenamento jurídico interno de uma das partes, no *Caso Bélgica vs. Senegal (Caso Habré)*, o fundamento que confere validade para a jurisdição universal diante da prática de tortura são os próprios preceitos da Convenção da ONU contra a Tortura,

que estabelecem os casos em que um país se torna competente para exercer a jurisdição: quando o crime foi cometido em seu território, quando o acusado ou a vítima nasceu lá ou, ainda, quando o acusado foi encontrado circulando pelo país. Vale relembrar, ainda, que a Corte Internacional de Justiça não examinou se a Bélgica possui ou não competência para julgar Hissène Habré, mas apenas a viabilidade da jurisdição universal para o crime de tortura.

6.2.2. As obrigações de investigar e julgar ou extraditar (*aut dedere aut judicare*) previstas na Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes são obrigações *erga omnes*. É importante destacar também a postura da Corte Internacional de Justiça no *Caso Habré*, pois, ao se deparar com as obrigações de investigar e julgar ou extraditar, previstas, respectivamente, nos arts. 6º e 7º da Convenção da ONU contra a Tortura, ela decidiu que estas seriam verdadeiras obrigações *erga omnes*, passíveis de serem exigidas por qualquer Estado, eis que essas obrigações resguardam valores essenciais da comunidade internacional. Logo, critérios para aferir a legitimidade ativa para postular o dever de investigar e julgar ou extraditar, como, por exemplo, a nacionalidade da vítima, são irrelevantes. Além de estar prevista em diversas convenções internacionais⁴⁹⁶, a cláusula do *aut dedere aut judicare* também encontra resguardo na doutrina internacionalista. Para os estudiosos do direito internacional, a cláusula do *aut dedere, aut judicare*⁴⁹⁷ obriga os Estados a tomarem providências para levar os autores de crimes de *jus cogens* a julgamento⁴⁹⁸.

6.2.3. A Corte Internacional de Justiça afirmou no *Caso Bélgica vs. Senegal* que a proibição da prática de tortura é uma norma consuetudinária de *jus cogens*. No caso em comento, a Corte Internacional de Justiça reconheceu que a proibição da prática de tortura é uma norma de *jus cogens* costumeira. As normas de *jus cogens* são aquelas normas imperativas e que possuem valores essenciais para toda a comunidade interna-

⁴⁹⁶ A cláusula do *aut dedere aut judicare* pode ser encontrada no art. 36.2.a da Convenção única sobre Entorpecentes de 1961, no art. 22.2.a da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971), no art. 16 da Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional (2000), no art. 11 do Tratado de Extradição do Mercosul (1998), entre outros documentos.

⁴⁹⁷ A cláusula do *aut dedere, aut judicare* possui origem no brocardo *aut dedere, aut punire*, formulado por Hugo Grócio no contexto do paradigma da coexistência. Como atualmente o Direito Internacional é guiado por um viés cooperativo, o brocardo foi adaptado para *aut dedere, aut judicare*.

⁴⁹⁸ Ainda sobre o assunto e para elucidar eventuais dúvidas, uma pequena lição de Luiz Fernando Voss Chagas Lessa sobre a cláusula *aut dedere, aut judicare*: “A cláusula *aut dedere aut judicare* (extradite ou julgue) aparece como um princípio de Direito Internacional vinculante, aplicável não somente aos casos de extradição, mas sim à própria persecução dos autores de ilícitos internacionais penais. Esse princípio tem aplicabilidade naqueles casos em que um Estado recusa conceder a extradição requerida por outro Estado, como, por exemplo, costuma ocorrer no caso de nacionais do país requerido. Nessas hipóteses, embora o Estado requerido não esteja obrigado a entregar o acusado do fato criminoso ao requerente, aquela tem a obrigação de processar e julgar o criminoso. Indo além, é possível sustentar que, na ausência de um pedido de extradição, existe, para o Estado onde se encontra localizado o autor do fato delituoso, o dever de processá-lo. Esse dever pode resultar tanto da aplicação da cláusula do *aut dedere aut judicare* quanto do costume internacional, das normas imperativas de DI ou mesmo de princípios gerais do direito” (LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *Persecução penal e cooperação internacional direta pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 62-63).

cional. Assim, segundo a Corte de Haia, há um costume internacional em vigor no qual é possível afirmar que a proibição da prática de tortura é norma de *jus cogens*⁴⁹⁹.

6.2.4. As obrigações de *aut dedere aut judicare* previstas na Convenção da ONU contra a Tortura e dotadas de natureza de obrigações *erga omnes* (conforme decisão da própria CIJ no Caso Habré) estão submetidas ao art. 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. É interessante ressaltar o posicionamento da Corte Internacional de Justiça ao decidir que, mesmo diante da qualidade de obrigação *erga omnes* das normas de investigar e extraditar ou julgar, estas somente prevalecem para os fatos que se passaram após a entrada em vigor da Convenção da ONU contra a Tortura para o Senegal; respeita-se, assim, o art. 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁵⁰⁰. O fato de a proibição da prática de tortura ter sido considerada uma norma de *jus cogens* também não alterou a questão intertemporal em comento.

6.2.5. Após a decisão da Corte Internacional de Justiça no Caso *Bélgica vs. Senegal*, criou-se um Tribunal Internacional Híbrido para julgar Hissènè Habré. Diante da decisão da Corte Internacional no *Caso Habré*, a União Africana e o Senegal criaram um novo Tribunal Internacional de quarta geração para julgar o ex-presidente do Chade, o que demonstra o empenho do Estado senegalês em cumprir a decisão da Corte de Haia. Em maio de 2016, Hissènè Habré foi condenado à prisão perpétua pelo Tribunal Penal Especial criado pela União Africana em conjunto com o Senegal. O ex-presidente do Chade também deverá pagar uma indenização aos familiares das vítimas no valor de 15 a 30 mil euros.

6.3. Conexões com o Direito brasileiro

6.3.1. O delito de tortura pela Lei 9.455/1997. A proibição da prática de tortura é um mandado de criminalização proferido pela Constituição Federal de 1988 e que foi cumprido pelo legislador brasileiro apenas no ano de 1997, com a edição da Lei 9.455. Segundo o diploma legal brasileiro, a prática de tortura pode ser definida como “constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: em razão de discriminação racial ou religiosa (tortura religiosa ou discriminatória); para provocar ação ou omissão de natureza criminosa (tortura crime); com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa (tortura clássica)”. A lei ainda prevê outras duas modalidades específicas de tortura: (a) envolvendo a submissão de pessoa presa a sofrimento físico ou mental; (b) envolvendo pessoa sob guarda, poder ou autoridade, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Desse modo, é possível constatar que, para a legislação brasileira, a tortura é um crime: (a) comum; (b) prescritível; e (c) equiparado a crime hediondo.

⁴⁹⁹ Esse entendimento já havia sido cristalizado pelo Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia no *Caso Furundžija vs. Prosecutor*, julgado em 10 de dezembro de 1998.

⁵⁰⁰ Irretroatividade de Tratados: a não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, suas disposições não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado, em relação a essa parte.

6.3.2. Extraterritorialidade incondicionada do crime de tortura no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 9.455/1997 prevê em seu art. 2º uma das raras hipóteses de extraterritorialidade incondicionada da jurisdição brasileira. Segundo o art. 2º da Lei de Tortura, aplica-se a lei brasileira mesmo que o crime não tenha sido cometido no território nacional, desde que a vítima seja brasileira ou, ainda, se o agente estiver em local sob jurisdição brasileira. Sobre essa hipótese de extraterritorialidade incondicionada, é a lição de André de Carvalho Ramos: “Assim, há dois casos de extraterritorialidade: 1) pelo princípio da personalidade passiva, quando a vítima da tortura for brasileira; e 2) pelo princípio da universalidade da jurisdição, quando o agente se encontra em território brasileiro”⁵⁰¹. No entanto, a extraterritorialidade incondicionada do crime de tortura não desloca, por si só, a competência para a Justiça Federal, afinal, ainda que a Lei 9.455/1997 preveja uma hipótese de extraterritorialidade incondicionada para o crime de tortura, o STJ entende que essa possibilidade não implica em transferência para a Justiça Federal da competência para apreciar e julgar o crime de tortura (CC 107.397, rel. min. Nefi Cordeiro, 3ª Seção, j. 24.09.2014).

6.3.3. O delito de tortura na ordem internacional. Somente após a II Guerra Mundial, e em razão das experimentações biológicas realizadas em seres humanos durante a beligerância, nasceu um movimento de repúdio à tortura que originou a aprovação de inúmeros tratados internacionais contra a tortura, como a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), ambas ratificadas pelo Brasil. Todavia, não há nestas duas convenções um conceito uníssono do que caracterizaria a prática de tortura. Vejamos o tema com o aprofundamento necessário.

O crime de tortura na ordem jurídica internacional	
Tortura segundo a Convenção das Nações Unidas	Tortura segundo a Convenção Interamericana
<p>Conceito: “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”.</p>	<p>Conceito: “todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim”.</p> <p>Obs. 1: A existência de estado de guerra, ameaça de guerra, estado de sítio ou emergência, distúrbios ou lutas internas, a suspensão de garantias constitucionais, a instabilidade política interna e outras emergências públicas ou desastres não poderão ser invocados nem admitidos como justificativa para o crime de tortura. Tampouco poderá o</p>

⁵⁰¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos...*, p. 506.

	<p>caráter perigoso de um detento ou prisioneiro justificar o recurso à tortura. De igual forma, ordens de superiores hierárquicos não podem ser invocadas para justificar o crime. Não há, pois, possibilidade de derrogar a proibição contra a tortura.</p> <p>Obs. 2: Os atos oriundos de sanções legítimas que causem sofrimento ou dores, desde que não incluam a realização de atos ou a aplicação de métodos que causem penas ou sofrimento físico ou mental para fins de investigação, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva ou que provoquem a anulação da personalidade da vítima ou a diminuição de sua capacidade física ou mental, não caracterizam tortura.</p>
Elemento subjetivo: Dolo. A tortura culposa não é punível.	Elemento subjetivo: Dolo. A tortura culposa não é punível.
Finalidade: Obter confissão, informação ou ainda como forma de punição ou discriminação.	Finalidade: Não há finalidade específica.
Modalidade omissiva: Não está prevista na Convenção das Nações Unidas.	Modalidade omissiva: Está prevista na Convenção Interamericana.
<p>Sujeito ativo: É o agente público ou particular agindo em caráter oficial, ou ainda por instigação, consentimento ou aquiescência do agente público.</p> <p>Atenção: Para a Convenção da ONU Contra a Tortura, a presença do funcionário público como sujeito ativo da tortura é obrigatória.</p>	<p>Sujeito ativo: 1. Os empregados ou funcionários públicos que, no exercício de sua função, ordenem a prática do ato de tortura ou ainda instiguem ou induzam a ele, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam. 2. As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos em apreço, ordenem sua prática, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices.</p> <p>Atenção: Para a Convenção Interamericana contra a Tortura, o particular pode ser sujeito ativo de tortura.</p>
Resultado da prática de tortura: O ato deve causar dor ou sofrimento agudo, físico ou mental.	<p>Resultado da prática de tortura: O ato pode ou não resultar em pena ou sofrimento físico ou mental.</p> <p>Atenção: Também configura tortura o ato que anule a personalidade da vítima ou diminua a sua capacidade física ou mental, mesmo que dele não decorra qualquer dor física ou psíquica.</p>

6.3.4. Convergências entre a Convenção da ONU contra a Tortura e a Convenção Interamericana contra a Tortura. Tanto a Convenção da ONU quanto a Convenção Interamericana consideram tortura como “sofrimentos físicos e mentais”. Ambas as convenções consideram configurada a prática de tortura quando ela for realizada para fins de investigação penal, castigo pessoal ou intimidação.

6.3.5. Divergências entre a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e a Convenção Interamericana contra a Tortura. Apenas a Convenção Interamericana prevê a tortura por ato omissivo. Apenas a Convenção Interamericana criou a figura equiparada, que consiste em condutas equiparadas à primeira, que, ainda que não inflijam dor ou sofrimento, acabem diminuindo a capacidade física ou mental da vítima. Apenas a Convenção Interamericana admite que determinada medida preventiva ou pena pode resultar em configuração de tortura. Apenas a Convenção da ONU exige a presença de agente público ou sua aquiescência para a caracterização da prática de tortura. Apenas a Convenção da ONU exige que o sofrimento ocorra de forma aguda. Assim, diante de todos os elementos expostos, é possível concluir que a Lei 9.455/1997 está mais próxima da Convenção Interamericana.

6.3.6. Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (Lei 12.847/2013). Com a promulgação da Lei 12.847, de 2 de agosto de 2013, o Brasil, além de instituir o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, cumpriu a obrigação – assumida no Protocolo Facultativo da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU – de criar o Mecanismo Preventivo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

6.3.7. Teoria da bomba relógio (*ticking bomb scenario*) e sua inaplicabilidade no direito brasileiro. A teoria do cenário da bomba relógio é uma vertente do Direito Penal máximo que levanta a problemática sobre a possibilidade ou não de se torturar um determinado indivíduo em razão de um “estado de necessidade coletivo”. O *ticking bomb scenario* encontra maior aceitação nos Estados Unidos da América: o governo americano já é conhecido por implementar medidas “contraterroristas” que, na grande maioria das vezes, acabam por desrespeitar e violar todo e qualquer direito humano. O exemplo clássico apresentado pela doutrina é uma situação em que há uma bomba implantada em algum local de uma cidade e o Estado, embora já tenha capturado o responsável ou os responsáveis pelo iminente atentado, não possui conhecimento do local onde se encontra o artefato explosivo. Nesses casos, questiona-se a possibilidade de se torturar o indivíduo responsável pelo atentado terrorista para que ele revele o paradeiro do artefato explosivo. Para os defensores dessa possibilidade, a prática da tortura nesta situação estaria abarcada por um “estado de necessidade coletivo”, dando ensejo à exclusão da ilicitude da conduta. Já aqueles que repudiam a teoria do *ticking bomb scenario* alegam a violação de normas internacionais de direitos humanos e, no caso do Brasil, a própria proibição constitucional à prática de tortura. Conforme ressaltado anteriormente, nem a Convenção das Nações Unidas, nem a Convenção Interamericana contra a Tortura admitem a invocação de circunstâncias excepcionais, tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificativa para a tortura. Assim, diante do atual estágio da proteção internacional dos direitos humanos, a

ticking bomb scenario theory caracterizaria um ato ilícito e contrário aos direitos humanos resguardados, seja pela ordem internacional, seja pela ordem interna.

6.3.8. Maus-tratos *versus* tortura na visão da Corte Europeia de Direitos Humanos. Ao longo da sua história, a Corte Europeia de Direitos Humanos trilhou uma linha evolutiva acerca de diferenciação entre maus tratos e tortura. Nesse sentido, elaboramos um pequeno quadro com o histórico de decisões do TEDH acerca do tema.

Diferenciação entre maus-tratos e tortura segundo o TEDH	
Caso Grego (Greek Case), de 1978	Este precedente legitimou a Comissão Europeia de Direitos Humanos como primeiro órgão internacional a se deparar com o desafio de delimitar o conceito de tortura e diferenciá-lo do conceito de maus-tratos, tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Ao analisar este caso, a Comissão Europeia de Direitos Humanos entendeu que tortura é uma espécie agravada de tratamento desumano, infligido a alguém com um intuito específico (obter confissão, informação etc.). Já o tratamento desumano seria aquele que causa intenso sofrimento e dor em uma situação injustificável. Por fim, a Comissão EDH entendeu que o tratamento degradante seria aquele que humilha a pessoa perante os demais ou que a leva a agir contra a sua vontade ou consciência. Além da Comissão EDH, o Conselho Europeu também analisou este caso.
Caso Irlanda vs. Reino Unido ("Caso Irlandês"), de 1978	Neste precedente, a Irlanda reclamou perante a Corte de Estrasburgo em relação ao tratamento dado aos nacionais irlandeses que estavam sob custódia do Reino Unido. Vários desses prisioneiros foram submetidos pelo Reino Unido às chamadas cinco técnicas de interrogatório, que incluíam a privação de sono por tempo indeterminado, a privação de alimentos por tempo indeterminado, a obrigação de ficar em pé por tempo indeterminado, a exposição a barulhos e ruídos excessivos, e a necessidade de se usar um capuz cobrindo toda a cabeça. Configurou-se o que a doutrina costuma chamar de tortura invisível. Ocorre que, embora os prisioneiros irlandeses estivessem sendo submetidos à tortura invisível, a Corte Europeia de Direitos Humanos cristalizou entendimento no sentido de que tais atos não caracterizavam tortura, mas "apenas" maus-tratos e tratamento desumano e degradante, eis que não denotavam intenso sofrimento ou crueldade (elementos entendidos à época como necessários para a caracterização da prática de tortura). Assim, neste precedente, a Corte EDH separou o conceito de tortura do conceito de maus-tratos.
Caso Selmouni vs. França, de 1984	Neste precedente, a Corte Europeia de Direitos Humanos cristalizou o entendimento de que submeter determinado prisioneiro à prática do "corredor polonês", ser alvo de urina por agentes estatais, ser alvo de assédio verbal em razão de sua origem, obrigá-lo a simular sexo oral com policial ou ainda ameaçar determinado prisioneiro com uma seringa constituem atos de tortura, não havendo que se falar em mero tratamento degradante, superando-se, assim, o entendimento proferido pela Corte de Estrasburgo no caso Irlandês. Este é o atual entendimento na Corte EDH.

7. Caso Chile vs. Peru (Disputa marítima)

Data do julgamento	27.01.2013
--------------------	------------

7.1. Resumo do caso

O caso conhecido como “Disputa Marítima” foi julgado pela Corte Internacional de Justiça no ano de 2014 e envolve a demarcação da fronteira marítima entre os Estados do Peru e do Chile. O Estado chileno perante o Tribunal de Haia afirmou que os espaços marítimos dos países foram estabelecidos e delineados pela Declaração de Santiago (1952). Já o Estado peruano não reconhecia o *status* de tratado internacional de Declaração de Santiago.

Ao julgar o caso, a Corte Internacional de Justiça reconheceu o caráter de tratado internacional da Declaração de Santiago. Assim, ambas as partes signatárias estariam vinculadas ao documento internacional, atendendo aos interesses do Estado chileno. Além disso, temas como o conceito de zona econômica exclusiva e plataforma continental foram trabalhados no julgamento do caso.

7.2. Pontos importantes

7.2.1. A Declaração de Santiago de 1952 possui natureza jurídica de tratado internacional. O principal ponto sobre a controvérsia girava em torno do caráter da Declaração de Santiago de 1952, já que as partes eram signatárias de tal documento e este havia demarcado as fronteiras marítimas entre Peru e Chile. A Corte Internacional de Justiça utilizou os critérios de interpretação dos tratados internacionais previstos nos arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e afirmou o caráter de tratado internacional da Declaração de Santiago de 1952.

7.2.2. Caráter consuetudinário das normas que delimitam as zonas econômicas exclusivas entre Estados com costas adjacentes. A delimitação da zona econômica exclusiva (ZEE)⁵⁰² entre Estados com costas adjacentes, previstas no art. 74, § 1º, da Convenção de Montego Bay (UNCLOS), espelha uma norma consuetudinária de caráter internacional. É dizer, mesmo que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) não regulasse tal matéria, a delimitação da zona econômica exclusiva entre Estados com costas adjacentes poderia ser realizada com fulcro em um costume internacional⁵⁰³.

⁵⁰² A zona econômica exclusiva (ZEE) é delimitada, em princípio, por uma linha situada a 200 milhas marítimas da costa, mas pode ter uma extensão maior, de acordo com a da plataforma continental. A ZEE separa as águas nacionais das águas internacionais.

⁵⁰³ Desde a Declaração de Truman, a comunidade internacional já havia sido alertada para a necessidade imediata de se criarem regras internacionais bem claras sobre o uso dos mares, como forma de evitar ou mitigar conflitos entre nações. O referido documento foi o primeiro instrumento unilateral de reserva de áreas de pesca situadas além do Mar Territorial. Sob o argumento de premente necessidade de conservação e proteção dos recursos piscícolas, os Estados Unidos da América assumiram a regulação e controle das atividades de pesca em zonas do alto mar contíguas à sua linha costeira. Essa concepção adotada pelo Estado norte-americano foi o impulso para que alguns países da América Latina, África e Ásia formassem novas políticas de reserva de recursos marinhos, que se revelaram as precursoras do conceito de “Zona Econômica Exclusiva”. Logo, ao afirmar que exerceria

7.2.3. Possibilidade de aplicação das regras de interpretação dos tratados internacionais previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) às convenções internacionais firmadas em momento anterior à CVDT. Fato curioso ocorreu no *Caso "Disputa Marítima"*, já que a Corte Internacional de Justiça buscou na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados os critérios de interpretação de tratados internacionais para resolver uma controvérsia envolvendo um pacto internacional firmado anteriormente à própria CVDT, afinal, a Declaração de Santiago é de 1952 e a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foi firmada em 1969. Trata-se de um dado curioso e que merece destaque.

8. Caso Austrália vs. Japão (Caso das atividades baleeiras)

Data do julgamento	14.05.2014
--------------------	------------

8.1. Resumo do casos

No ano de 1982, a Comissão Internacional da Baleia adotou um programa de moratória sobre a caça de baleias, autorizando apenas o abate para fins científicos. No final da década de 1980, o Japão passou a realizar a caça de baleias em larga escala nos mares ao entorno da Antártida, sempre alegando o caráter educativo e científico da atividade. Por anos, grupos ambientalistas e pesquisadores alertaram a comunidade internacional de que o programa japonês de caça às baleias era ilegítimo e desvirtuado e que seu propósito era meramente comercial. Em razão da impossibilidade de pessoas físicas e organizações internacionais figurarem em uma demanda na Corte Internacional de Justiça (somente Estados podem demandar na CIJ), o caso chegou até o referido tribunal apenas no ano de 2010, quando a Austrália passou a desconfiar de que o governo japonês, após obter uma Licença Especial para realizar a atividade de caça no território da Antártida, estaria realizando a atividade predatória de caça aos cetáceos em grande escala, de maneira desmedida e desproporcional, o que violaria a Convenção Internacional para a Regulação da Atividade Baleeira e outras obrigações internacionais relacionadas ao meio ambiente. De acordo com a acusação do Governo australiano, o Japão teria caçado 10 mil baleias entre os anos de 1987 e 2009. Em plenário, o Estado japonês negou veementemente que a referida atividade de caça teria caráter comercial. Os advogados do país asiático alegaram que não havia ilicitude alguma na atividade realizada, posto que teria sido realizada à luz do programa de investigação.

Os argumentos do Estado japonês não foram suficientes para convencer os juízes da Corte Internacional de Justiça, que, por 12 votos a 4, condenaram o Japão a interromper imediatamente sua atividade de caça a baleias, reconhecendo que o programa de investigação científica do Japão, conhecido popularmente como "Jarpa 2", não possuía qualquer propósito científico. Segundo a Corte de Haia (como a Corte Internacional de Justiça é popularmente conhecida), o país asiático realizava a atividade de caça a baleias

jurisdição para além do mar territorial, Truman provocou um debate que redundaria em 1958, na chamada Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, popularmente conhecida como "Convenção de Montego Bay".

com verdadeiro propósito comercial (a carne de baleia é tradicionalmente apreciada no Japão). A decisão foi lamentada pelo Estado japonês e muito comemorada pelo Governo australiano e por diversos grupos ambientalistas, como o Greenpeace e principalmente a Sociedade de Conservação Sea Shepherd, que por diversas vezes enviou barcos para os mares antárticos para impedir a realização da atividade predatória pelo Governo japonês. A Corte de Haia acenou pela possibilidade de o Japão voltar a realizar a atividade de caça a baleias em um futuro próximo, desde que reformule o seu programa de investigação científica e que reste evidenciada a finalidade científica da atividade.

8.2. Pontos importantes

8.2.1. O programa de atividades baleeiras de titularidade do Estado japonês conhecido como “JARPA II” violou a Convenção Internacional para a Regulação das Atividades Baleeiras. Segundo os juízes da Corte Internacional de Justiça, as autorizações especiais concedidas para a execução da segunda fase do programa de atividades baleeiras do Japão não estão inclusas dentro do alcance normativo do art. VIII (1) da Convenção Internacional para a Regulação das Atividades Baleeiras⁵⁰⁴, que confere isenção às regras da convenção em comento, nos casos de morte, captura e tratamento de baleias para fins de investigação científica⁵⁰⁵.

8.2.2. A qual Estado pertence a Antártida? A Antártica não pertence a nenhum Estado soberano, eis que é considerada um território de domínio público internacional. Desse modo, a comunidade internacional possui interesse na sua preservação⁵⁰⁶.

9. Caso Nottebohm (Liechtenstein x Guatemala)

Sentença de 18.11.1953	<i>Exceções preliminares</i>
Sentença de 06.04.1955	<i>Mérito</i>

9.1. Resumo do caso

Com o início da Segunda Guerra Mundial, após residir por trinta e quatro anos na Guatemala, o Sr. Nottebohm, em mais uma de suas visitas ao Estado de Liechtenstein para encontrar seu irmão, solicitou a nacionalidade liechtensteinense, o que acabou redundando na perda da sua nacionalidade alemã, tendo em vista o regramento das leis alemãs sobre o tema. Ao retornar à Guatemala em 1940, já com o passaporte liechtensteinense, o Sr. Nottebohm comunicou ao governo guatemalteco a mudança de sua nacio-

⁵⁰⁴ O Brasil é parte da referida convenção, que entrou em vigor para o Brasil no plano internacional no dia 20 de dezembro de 1973 e foi internalizada no plano nacional por meio do Decreto 73.497, de 1974.

⁵⁰⁵ Além da caça de baleias para fins científicos, a Comissão Internacional da Baleia – CIB permite a atividade de caça de baleias para fins de subsistência, desde que realizada por povos aborígenes.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, ver: SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002, vol. 1, p. 410.

nalidade. No ano seguinte, a Guatemala declarou guerra à Alemanha e considerou o Sr. Nottebohm como cidadão alemão, ainda que ele possuísse a cidadania liechtensteinense.

A referida situação resultou na prisão de Nottebohm pelo Estado da Guatemala pelo período de cinco anos, três no próprio território guatemalteco e dois anos em uma base militar dos Estados Unidos. Todas as propriedades de Friedrich Nottebohm foram confiscadas pelo governo da Guatemala e ativos da empresa do Sr. Nottebohm em terras norte-americanas também foram confiscados.

No ano de 1951, o Estado de Liechtenstein levou o caso até a Corte Internacional de Justiça buscando responsabilizar o Estado da Guatemala pelas ações praticadas contra o Sr. Friedrich Nottebohm. O caso foi julgado improcedente pela Corte de Haia, sob o argumento de que o Sr. Nottebohm não possuía um vínculo efetivo e genuíno com o Estado de Liechtenstein, não existindo, portanto, uma nacionalidade real efetiva naquele caso e tampouco uma possibilidade de responsabilização do Estado da Guatemala pelos atos praticados em detrimento de Nottebohm.

9.2. Pontos importantes

9.2.1. Necessidade da existência de vínculo efetivo e genuíno entre o Estado e o indivíduo para fins de concessão de proteção diplomática. Ao julgar o *Caso Nottebohm*, a CIJ entendeu que para a nacionalidade ser oponível a outros Estados no plano internacional deve existir um vínculo efetivo e genuíno entre o Estado e o indivíduo. Assim, tendo em vista que o Sr. Nottebohm, de nacionalidade alemã, durante rápida passagem por Liechtenstein, adquiriu a nacionalidade do referido Estado mediante o pagamento de taxas internas, a CIJ entendeu não ser possível a concessão de proteção diplomática⁵⁰⁷ requerida pelo Sr. Nottebohm contra a Guatemala, país onde vivera por trinta e quatro anos, por ausência de vínculo real e efetivo entre o Sr. Nottebohm e o Estado de Liechtenstein. Todavia, ainda que a nacionalidade adquirida pelo Sr. Nottebohm não seja oponível perante outros Estados, a CIJ reconheceu que ela possui validade no âmbito interno de Liechtenstein.

9.3. Conexões com o Direito Brasileiro:

9.3.1. Extradição em casos de dupla-nacionalidade e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ao analisar o HC 83.450, envolvendo paciente submetido ao procedimento de extradição e com dupla nacionalidade, o STF fez referência ao *Caso Nottebohm* na ementa do referido julgado e afirmou que “o processo remete ao complexo problema da extradição no caso da dupla-nacionalidade, questão examinada pela Corte Internacional de Justiça no célebre caso Nottebohm”. Ainda fazendo referência ao *Caso Nottebohm*, o STF lembrou que “(...) naquele caso a Corte [Internacional de Justiça] sustentou que na hipótese de dupla nacionalidade haveria uma prevalecente – a nacionalidade real e efetiva – identificada a partir de laços fáticos fortes entre a pessoa e o Estado”⁵⁰⁸. Por maioria, o Supremo não conheceu do HC em virtude da falta de elementos concretos que

⁵⁰⁷ Sobre a proteção diplomática, ver comentários do *Caso Bélgica x Espanha (Barcelona Traction)*.

⁵⁰⁸ STF, HC 83.450, rel. min. Marco Aurélio, Plenário, j. 26.08.2004.

permitissem o desfecho da situação a partir da questão da nacionalidade efetiva, tudo isso decidido à luz do *Caso Nottebohm*.

10. Caso México vs. Estados Unidos (“Caso Avena e outros Cidadãos Mexicanos”)

Sentença de 31.03.2004

10.1. Resumo do caso

O *Caso México vs. Estados Unidos*, doravante chamado de “*Caso Avena*”, versa sobre o julgamento e condenação ao corredor da morte de cinquenta e quatro mexicanos pelo Poder Judiciário dos EUA, sem que lhes fosse garantido o direito à notificação e assistência consular, fragilizando assim a defesa dos cidadãos mexicanos em seus julgamentos.

Em razão disso, em 9 de janeiro de 2003, o México demandou os EUA na Corte Internacional de Justiça, aduzindo a violação por parte do Estado norte-americano dos artigos 5º e 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. No dia 5 de fevereiro de 2003 a CIJ concedeu medidas provisórias em favor do México, determinando aos EUA a suspensão da execução de três cidadãos mexicanos até o julgamento final pelo próprio Tribunal de Haia do *Caso Avena*.

A CIJ reconheceu a responsabilidade dos EUA pela violação do direito à notificação e assistência consular previsto nos artigos 5º e 36º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, bem como determinou ao EUA que oferecesse garantias que não haveriam novas execuções sem obediência ao direito à notificação e assistência consular.

10.2. Pontos importantes

10.2.1. Importância do direito à notificação e assistência consular aos indivíduos detidos em país estrangeiro. Ao julgar o *Caso Avena*, a CIJ ressaltou a importância do direito à notificação e assistência consular aos indivíduos detidos em país estrangeiro e de forma mais célere possível para aos custodiados que estão no corredor da morte (*death row*) e aguardando a execução de sua pena. Neste ponto, é importante destacar que o entendimento da CIJ se coaduna com o entendimento da Corte IDH, que também reconhece o direito à notificação e assistência consular como parte integrante do devido processo legal aos presos estrangeiros⁵⁰⁹.

10.3. Conexões com o Direito Brasileiro:

10.3.1. Importância do direito à notificação e assistência consular na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e citação expressa ao Caso Avena. Ao julgar a PPE 726, o STF reconheceu a importância da notificação consular como “prerrogativa fundamental que compõe o universo conceitual dos direitos básicos da pessoa humana”. Nas palavras do

⁵⁰⁹ Acerca da posição da Corte IDH sobre o tema do direito à assistência e notificação consular, ver comentários à Opinião Consultiva nº 16.

ministro Celso de Mello, “Essa notificação consular – é importante dizê-lo – reveste-se de grande importância, pois constitui prerrogativa jurídica, de caráter fundamental, que hoje compõe, notadamente para os estrangeiros que se achem presos no exterior, o universo conceitual dos direitos básicos da pessoa humana, para empregar feliz expressão que o Professor CANÇADO TRINDADE, quando Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, utilizou na resposta dada aos Estados Unidos Mexicanos em decorrência de solicitação formulada no contexto da Opinião Consultiva nº 16, de 1º/10/1999, que versou a questão pertinente ao direito à informação sobre a assistência consular e a sua relação com as garantias mínimas do devido processo legal”⁵¹⁰.

Além disso, o min. Celso de Mello citou o *Caso Avena* em sua decisão, afirmando que: “(...) Cabe acentuar, ainda, que a questão fundada no Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (cuja aplicação tem sido muitas vezes desrespeitada por autoridades nacionais de diversos outros países) vem merecendo o atento exame da Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia (Casos “Ángel Breard”, “LeGrand” e “Avena”, v.g.), com o consequente reconhecimento – por parte desse organismo, que é a principal instituição judiciária do sistema das Nações Unidas – de que a notificação consular em referência, considerada a sua específica destinação, constitui garantia essencial e indisponível que assiste a qualquer pessoa estrangeira submetida a prisão em território sujeito à soberania de qualquer outro Estado nacional”⁵¹¹.

⁵¹⁰ STF, PPE 726, min. rel. Celso de Mello, j. 27.05.2005.

⁵¹¹ STF, PPE 726, Min. Relator. Celso de Mello. Julgada em 27 de maio de 2015.

CAPÍTULO 9

**Pareceres consultivos da Corte
Internacional de Justiça**

CAPÍTULO 9

PARECERES CONSULTIVOS DA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTIÇA**Nota explicativa sobre a competência consultiva da Corte Internacional de Justiça**

De acordo com o art. 96 da Carta das Nações Unidas:

“1. A Assembléia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica.

2. Outros órgãos das Nações Unidas e entidades especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembléia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos da Corte sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades”.

A competência da CIJ para emitir pareceres consultivos está prevista nos artigos 65 a 68 do seu Estatuto:

“Artigo 65. 1. A Corte poderá dar parecer consultivo sobre qualquer questão jurídica a pedido do órgão que, de acordo com a Carta das Nações Unidas ou por ela autorizado, estiver em condições de fazer tal pedido.

2. As questões sobre as quais for pedido o parecer consultivo da Corte serão submetidas a ela por meio de petição escrita que deverá conter uma exposição do assunto sobre o qual é solicitado o parecer e será acompanhada de todos os documentos que possam elucidar a questão.

Artigo 66. 1. O Escrivão notificará imediatamente todos os Estados com direito a comparecer perante a Corte, do pedido de parecer consultivo.

2. Além disto, a todo Estado admitido a comparecer perante a Corte e a qualquer organização internacional, que, a juízo da Corte ou de seu Presidente, se a Corte não estiver reunida, forem suscetíveis de fornecer informações sobre a questão - o Escrivão fará saber, por comunicação especial e direta, que a Corte estará disposta a receber exposições escritas, dentro num prazo a ser fixado pelo Presidente, ou ouvir exposições orais, durante uma audiência pública realizada para tal fim.

3. Se qualquer Estado com direito a comparecer perante a Corte deixar de receber a comunicação especial a que se refere o parágrafo 2 deste artigo, tal Estado poderá manifestar o desejo de submeter a ela uma exposição escrita ou oral. A Corte decidirá.

4. Os Estados e organizações que tenham apresentado exposição escrita ou oral, ou ambas, terão a faculdade de discutir as exposições feitas por outros Estados ou organizações, na forma, extensão ou limite de tempo que a Corte, ou, se ela não estiver reunida, o seu Presidente determinar, em cada caso particular. Para esse efeito, o Escrivão devera, no devido tempo, comunicar qualquer dessas exposições escritas aos Estados e organizações que

submeterem exposições semelhantes.

Artigo 67. A Corte dará seus pareceres consultivos em sessão pública, depois de terem sido notificados o Secretário Geral, os representantes dos Membros das Nações Unidas, bem como de outros Estados e das organizações internacionais diretamente interessadas.

Artigo 68. No exercício de suas funções consultivas, a Corte deverá guiar-se, além disso, pelas disposições do presente Estatuto, que se aplicam em casos contenciosos, na medida em que, na sua opinião, tais disposições forem aplicáveis”.

1. Caso Folke Bernadotte

Data do pronunciamento	11.04.1949
------------------------	------------

1.1. Resumo do caso

Após o término da Segunda Guerra Mundial, um grupo de judeus rebeldes, residentes no território da palestina, começou a realizar atos atentatórios ao governo britânico estabelecido na região, além de expulsar todo e qualquer cidadão árabe que habitava aquele local. Em virtude do conflito, os britânicos decidiram evacuar a área da palestina, deixando o local de conflito sob o domínio dos rebeldes. Em virtude da lacuna política deixada pelo governo britânico ao evacuar a região da palestina, e para evitar que o conflito entre os judeus e árabes tomasse maiores proporções, a Organização das Nações Unidas enviou o diplomata sueco Folke Bernadotte para tentar apaziguar o conflito por meio de possível acordo entre as partes. Ambos os grupos radicais não desejavam entrar em um consenso, pois queriam exclusividade no poder e no controle da região. Em razão dos conflitos, o sr. Folke Bernadotte foi assassinado em decorrência da explosão de uma bomba implantada por um grupo de extremistas judeus no hotel em que estava hospedado. Os judeus haviam se comprometido em realizar a segurança do sr. Bernadotte até que as negociações fossem concluídas.

Diante do ocorrido, surgiu a controvérsia a respeito da capacidade da Organização das Nações Unidas – ONU para invocar a responsabilidade jurídica dos judeus no caso em análise. Isso porque, até então, o direito internacional ainda não havia reconhecido a personalidade internacional das organizações internacionais. Diante dessa controvérsia, o feito foi submetido à apreciação da Corte de Haia. A Corte Internacional de Justiça, ao decidir o parecer solicitado pela Assembleia Geral da ONU, não se mostrou intimidada pelas correntes majoritárias da época que sustentavam uma interpretação literal da Carta da ONU, qual seja, a impossibilidade da ONU de invocar a responsabilidade do Estado de Israel pela morte do sr. Folke Bernadotte, em virtude da mesma não personalidade jurídica internacional ante a inexistência de qualquer dispositivo na Carta de São Francisco.

Dessa forma, com fulcro na teoria dos poderes implícitos, a Corte Internacional de Justiça fundamentou sua decisão, alegando que os direitos e deveres que a Organização das Nações Unidas já vinha desempenhando e desfrutando na ordem internacional eram próprios de um sujeito de direito internacional, e que só poderiam ser explicados por meio

do reconhecimento da sua personalidade jurídica internacional. Logo, reconheceu-se que, apesar de não estar expressamente prevista na Carta da ONU, sua personalidade jurídica internacional seria essencial ao desempenho de suas funções e estritamente condizente com os propósitos e princípios da Organização. Nesse sentido, reconheceu-se a possibilidade de a Organização das Nações Unidas invocar a responsabilidade do Estado israelense pela morte do seu agente diplomático. Da mesma forma, passou-se também a se admitir a responsabilidade das próprias organizações internacionais pelos atos lesivos que vierem a causar na ordem internacional. Foi o fim do monopólio da personalidade jurídica internacional dos Estados.

1.2. Pontos importantes

1.2.1. Reconhecimento da personalidade internacional das organizações internacionais. Muitos internacionalistas consideram o *Caso Bernadotte* como o mais importante já decidido pela Corte Internacional de Justiça, em virtude da quebra do monopólio da personalidade jurídica internacional dos Estados. A partir do caso em análise, a Organização das Nações Unidas – ONU passou a ter sua personalidade jurídica internacional reconhecida, o que possibilitou que ela atuasse como sujeito de direito internacional. Atualmente, diversas organizações internacionais possuem o reconhecimento de sua personalidade jurídica, sempre com fulcro no *Caso Bernadotte* e nas normas costumeiras de direito internacional⁵¹².

1.2.2. Reconhecimento da ONU como sujeito de direito internacional e a possibilidade de ela exercer proteção funcional sobre seus funcionários, inclusive com primazia sobre a proteção diplomática do Estado patrial do funcionário. É de suma importância ressaltar, embora já referido no tópico anterior, que o *Caso Folke Bernadotte* reconheceu a personalidade jurídica da maior e mais atuante organização atual do cenário atual, a ONU. Até a conclusão do parecer ora em comento pela Assembleia Geral das Nações Unidas, os funcionários da ONU, assim como de outras organizações internacionais, não eram protegidos pelo instituto da proteção funcional, eis que, para o exercício dessa proteção, é necessário possuir personalidade jurídica internacional. Assim, ocorrido algum evento danoso a determinado funcionário de organização internacional, restava ao particular ser protegido pelo Estado de sua nacionalidade, por meio do instituto da proteção diplomática. Logo, após o parecer exarado pela Corte Internacional de Justiça no *Caso Bernadotte*, os funcionários das organizações passaram a receber proteção, não apenas do seu Estado patrial, por intermédio do instituto da proteção diplomática, mas também, pela Organização Internacional da qual integra, pelo instituto da proteção funcional⁵¹³. Assim, ao garantir o direito da ONU de solicitar reparação, a CIJ estabeleceu su-

⁵¹² É importante ressaltar que, após o *Caso Bernadotte*, criou-se um costume internacional no sentido de ser possível o reconhecimento da personalidade jurídica das organizações internacionais, tendo em vista que não há qualquer previsão convencional regulando o assunto.

⁵¹³ Em breve síntese, a proteção funcional se caracteriza nos casos em que as organizações internacionais podem tomar para si os litígios referentes a danos sofridos por seus agentes, quando em exercício. Valendo-se dessa prerrogativa, as organizações internacionais também podem outorgar endosso, seguindo requisitos análogos aos da proteção diplomática. É ato discricionário da organização internacional envolvida. Nesse sentido, também é a lição de Valério Mazzuoli de Oliveira:

perioridade da proteção funcional, proporcionada pelo exercício de sua função na ONU, em relação à proteção diplomática, que seria garantida pela Suécia, Estado patrial do sr. Folke Bernadotte.

“Assim, tem-se a proteção diplomática para os casos relativos ao endosso do Estado na salvaguarda dos direitos dos seus nacionais e a proteção funcional para aqueles atinentes à proteção que as organizações internacionais dão àqueles funcionários que se encontrarem a seu serviço. A proteção funcional baseia-se na ideia de que os agentes que servem a determinada organização não devem precisar de outra proteção que não aquela da organização para qual trabalha. Tais agentes não devem depender da proteção de seu Estado patrial nestes casos, sendo essencial que a sua proteção advenha da própria organização a que está servindo naquele momento” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 562).

CAPÍTULO 10

Decisões do Tribunal Penal Internacional

CAPÍTULO 10

DECISÕES DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Nota explicativa sobre o Tribunal Penal Internacional

Introdução

Como resultado de um longo processo construído a partir de bases costumeiras, lições doutrinárias e tratados esparsos chegou-se ao que se convencionou denominar de *Direito Internacional Penal*, um ramo do Direito Internacional Público que tem como objeto a) estabelecer os crimes internacionais, b) impor aos Estados a obrigação de punir os autores destes crimes e c) criar a jurisdição penal internacional para atuar diante da eventual ineficiência da jurisdição penal interna.

Assim, o *Direito Internacional Penal*, segundo o entendimento majoritário, diferencia-se do *Direito Penal Internacional*, já que este tem como objeto a) a aplicação da lei penal no espaço, b) a cooperação penal internacional e c) a eficácia da sentença penal estrangeira. Alguns temas, em razão da sua dupla normatização – na lei interna e nos tratados internacionais –, como a extradição, por exemplo, são objeto tanto do *Direito Internacional Penal* quanto do *Direito Penal Internacional*⁵¹⁴.

O *Direito Internacional Penal*, diferentemente do Direito Internacional dos Direitos Humanos – que trata da responsabilidade internacional dos Estados –, baseia-se na responsabilidade penal internacional dos indivíduos e traz consigo a superação de dois dogmas: a) o abandono do mito do monopólio das jurisdições nacionais em matéria penal e b) o rompimento da barreira de que apenas os Estados é que poderiam ser responsabilizados na arena internacional⁵¹⁵.

A ideia que fundamenta e alimenta o *Direito Internacional Penal* é a de que certos crimes, em razão da sua gravidade, constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, afetando a comunidade internacional no seu conjunto, de modo que, conforme consta no preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI), não devem ficar impunes e a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional.

Atualmente, o *Direito Internacional Penal* encontra no TPI o seu órgão de monitoramento.

Vejam os quais foram os antecedentes históricos do TPI:

- a. **Tratado de Versailles (1919):** tratado de paz que encerrou oficialmente a

⁵¹⁴ Para um estudo mais abrangente sobre o tema, especialmente quanto à história, ao objeto e às fontes do *Direito Internacional Penal*, ver SILVA, Alexandre Pereira da. *Direito Internacional Penal (Direito Penal Internacional?)*: breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina. In: Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, pp. 53-83, jan./jul. 2013.

⁵¹⁵ Neste sentido, ver ZILLI, Marcos. *Introdução: quem tem medo do Direito Penal Internacional?* In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição, v. 8, p. 133.

Primeira Guerra Mundial. O art. 227 do Tratado previa a criação de um “tribunal especial”, composto por juízes das potências vencedoras, para julgar o Kaiser (Imperador) Guilherme da Alemanha vencida. Como o Kaiser Guilherme havia obtido asilo na Holanda, por não ter sido extraditado, acabou não sendo julgado. Ainda assim, encontra-se no art. 227 e seguintes do Tratado de Versailes o embrião do moderno Direito Internacional Penal, que permite a responsabilização do indivíduo por crimes graves, superando a ideia de blindagem absoluta da proteção estatal (até então, o julgamento penal de indivíduos era de atribuição exclusiva dos Estados).

- b. **Tribunal Internacional Militar de Nuremberg (1945 – Tribunal de Nuremberg):** estabelecimento do primeiro tribunal internacional com competência penal, tendo como partes originais as potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial (Reino Unido, EUA, União Soviética e França) e mais 19 Estados aderentes. Com sede em Berlim, tinha competência para julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade praticados por oficiais do regime nazista.
- c. **Tribunal Militar Internacional para o Extremo-Oriente (1946 – Tribunal de Tóquio):** estabelecimento do segundo tribunal internacional com competência penal, criado por ato unilateral dos EUA, com competência para julgar integrantes do núcleo militar e civil do governo japonês por crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.
- d. **Princípios de Nuremberg (ONU, 1946):** no final de 1946, a Assembleia-Geral da ONU consagrou os princípios de Direito Internacional acolhidos pelos Estatutos dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, ficando conhecidos como Princípios de Nuremberg, sendo eles os seguintes: 1) todo aquele que comete ato que consiste em crime internacional é passível de punição; 2) lei nacional que não considera o ato crime é irrelevante; 3) as imunidades locais são irrelevantes; 4) a obediência às ordens superiores não são eximentes; 5) todos os acusados têm direito ao devido processo legal; 6) são crimes internacionais os julgados em Nuremberg; e 7) conluio para cometer tais atos é crime.
- e. **Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (1948):** a ONU passou a codificar normas de direito internacional penal e de direito humanitário, sendo exemplos a Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, de 1948, e as quatro convenções de Genebra, de 1949.
- f. **Resoluções nº 827/1993 e 955/1994 do Conselho de Segurança da ONU criando, respectivamente, o TPI para os crimes contra o Direito Humanitário cometidos na ex-Iugoslávia e o TPI para os crimes ocorridos em Ruanda:** o primeiro com sede em Haia, na Holanda, e o segundo com sede em Arusha, na Tanzânia, tendo ambos contribuído para a consolidação normativa e para a criação jurisprudencial do Direito Internacional Penal.
- g. **Adoção do Estatuto do TPI (1998, em Roma):** foi criado o TPI, uma instituição permanente e independente (não é parte da estrutura da ONU, mas mantém com ela uma relação de cooperação).

A partir deste itinerário histórico, a doutrina passou a indicar algumas gerações de tribunais penais internacionais, sendo elas as seguintes:

- a. **1ª geração (tribunais precursores, com natureza militar):** Tribunal de Nuremberg e Tribunal de Tóquio.
- b. **2ª geração (tribunais criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas):** TPI para a Ex-Iugoslávia e TPI para Ruanda.
- c. **3ª geração (tribunal permanente):** o TPI, conforme o Estatuto de Roma.
- d. **4ª geração (tribunais penais internacionalizados ou híbridos):** tribunais internacionais híbridos são aqueles cuja formação é solicitada pelo governo do Estado onde os crimes foram cometidos. Cite-se como exemplo – dentre outros que existiram – o Tribunal Especial para Serra Leoa, que foi criado após a realização de um acordo entre o governo local e a ONU. Nestes tribunais, há juízes do Estado requerente e também juízes internacionais, aplicando-se tanto o direito interno quanto o direito internacional, daí decorrendo a sua natureza híbrida.

Estrutura orgânica

De acordo com o ER, o TPI se organiza a partir de três órgãos, sendo eles a Assembleia dos Estados Partes, o Tribunal Penal Internacional propriamente dito e o Fundo Fiduciário para Vítimas. Além disso, ainda integram a estrutura do TPI, embora sejam independentes, o Gabinete do Procurador e o Gabinete do Conselho Público de Defesa⁵¹⁶.

Nos termos do art. 34 do ER, o TPI (propriamente dito) é composto pelos seguintes órgãos: a) A Presidência; b) Três Divisões Judiciais, sendo uma Seção de Instrução, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Recursos; c) O Gabinete do Procurador; e d) A Secretaria.

Presidência

A Presidência é um dos quatro órgãos do Tribunal. É composto pelo Presidente e pelo Primeiro e Segundo Vice-Presidentes, todos eleitos pela maioria absoluta dos juízes do Tribunal por um período de três anos ou até o término do seu mandato como juiz, conforme o que expirar em primeiro lugar, podendo ser reeleitos uma única vez (ER, art. 38.1).

A Presidência tem três áreas principais de responsabilidade: a) funções judiciais, b) administração e c) relações externas. No exercício de suas funções judiciais, a Presidência constitui e atribui casos às Câmaras, realiza a revisão judicial de determinadas decisões do Secretário e conclui acordos de cooperação com os Estados. Com a exceção do Gabinete do Procurador, a Presidência é responsável pela boa administração do Tribunal. Entre as responsabilidades da Presidência no domínio das relações externas está a manutenção de relações com os Estados e outras entidades e a promoção da conscientização e compreensão pública do TPI.

Divisões Judiciais

O TPI possui três Divisões Judiciais, que trabalham em diferentes fases do processo:

⁵¹⁶ Os trechos a seguir foram elaborados a partir de informações disponibilizadas no site do TPI.

instrução ou investigação (ou, ainda, pré-julgamento), julgamento e recursos. O ER trata da composição das Divisões Judiciais em seu art. 39:

“Artigo 39

Juízos

1. Após a eleição dos juízes e logo que possível, o Tribunal deverá organizar-se nas seções referidas no artigo 34 b). A Seção de Recursos será composta pelo Presidente e quatro juízes, a Seção de Julgamento em Primeira Instância por, pelo menos, seis juízes e a Seção de Instrução por, pelo menos, seis juízes. Os juízes serão adstritos às Seções de acordo com a natureza das funções que corresponderem a cada um e com as respectivas qualificações e experiência, por forma a que cada Seção disponha de um conjunto adequado de especialistas em direito penal e processual penal e em direito internacional. A Seção de Julgamento em Primeira Instância e a Seção de Instrução serão predominantemente compostas por juízes com experiência em processo penal.

2. a) As funções judiciais do Tribunal serão desempenhadas em cada Seção pelos juízos.

b) i) O Juízo de Recursos será composto por todos os juízes da Seção de Recursos;

ii) As funções do Juízo de Julgamento em Primeira Instância serão desempenhadas por três juízes da Seção de Julgamento em Primeira Instância;

iii) As funções do Juízo de Instrução serão desempenhadas por três juízes da Seção de Instrução ou por um só juiz da referida Seção, em conformidade com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual;

c) Nada no presente número obstará a que se constituam simultaneamente mais de um Juízo de Julgamento em Primeira Instância ou Juízo de Instrução, sempre que a gestão eficiente do trabalho do Tribunal assim o exigir.

3. a) Os juízes adstritos às Seções de Julgamento em Primeira Instância e de Instrução desempenharão o cargo nessas Seções por um período de três anos ou, decorrido esse período, até à conclusão dos casos que lhes tenham sido cometidos pela respectiva Seção;

b) Os juízes adstritos à Seção de Recursos desempenharão o cargo nessa Seção durante todo o seu mandato.

4. Os juízes adstritos à Seção de Recursos desempenharão o cargo unicamente nessa Seção. Nada no presente artigo obstará a que sejam adstritos temporariamente juízes da Seção de Julgamento em Primeira Instância à Seção de Instrução, ou inversamente, se a Presidência entender que a gestão eficiente do trabalho do Tribunal assim o exige; porém, o juiz que tenha participado na fase instrutória não poderá, em caso algum, fazer parte do Juízo de Julgamento em Primeira Instância encarregado do caso”.

Conforme consta nas informações encontradas no site do TPI, são competências dos juízes de instrução ou de pré-julgamento: a) decidir se há evidências suficientes para que um caso seja julgado e, em caso afirmativo, confirmar as acusações e submeter o caso a julgamento; b) emitir mandados de prisão ou intimações para apelar; c) preservar evi-

dências, proteger suspeitos e informações que afetam a segurança nacional; d) garantir os direitos de todas as pessoas durante a fase de investigação, incluindo suspeitos, vítimas e testemunhas; e) conceder medidas de proteção às vítimas e testemunhas; f) nomear advogado ou outro suporte para a defesa; f) garantir que uma pessoa não seja detida por um período não razoável antes do julgamento devido a atrasos indesculpáveis do Procurador e decidir sobre os pedidos de liberdade provisória nesta fase; g) autorizar o Procurador a abrir investigação de ofício ou continuar uma investigação quando um Estado solicitar que o Tribunal adie as investigações, ou tomar medidas em uma investigação sem cooperação estatal; h) rever a decisão do Procurador de não investigar; e i) decidir sobre uma contestação à jurisdição ou à admissibilidade de um caso.

Ainda de acordo com informações colhidas no site do TPI, são competências dos juízes de julgamento: a) realizar julgamentos justos; b) decidir se há evidências suficientes para provar, além de uma dúvida razoável, que o acusado é culpado; c) julgar e pronunciar publicamente a sentença; e d) proceder com a reparação às vítimas, incluindo restituição, compensação e reabilitação.

Finalmente, são competências dos juízes de recurso: a) julgar os recursos apresentados pelas partes; b) confirmar, reverter ou alterar uma decisão sobre culpa ou inocência ou sobre a sentença e, se necessário, ordenar um novo julgamento perante uma Câmara de Julgamento diferente; c) assegurar que a condenação não foi materialmente afetada por erros ou por injustiça do processo; d) garantir que as penas impostas na sentença sejam proporcionais aos crimes; e) confirmar, reverter ou alterar um pedido de reparações; f) revisar o julgamento final da condenação quando, por exemplo, novas evidências forem encontradas posteriormente; e g) julgar apelações sobre os mais diversos temas.

Gabinete do Procurador

O Gabinete do Procurador (GdP) é um órgão independente do TPI, responsável por examinar situações sob a jurisdição do Tribunal onde o genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão parecem ter sido cometidos, e realizar investigações e mover processos contra os indivíduos que são supostamente responsáveis por esses crimes. Pela primeira vez na história, um procurador internacional recebeu o mandato, por um número cada vez maior de Estados, de selecionar e isolar, independentemente, situações de investigação em que crimes são cometidos em seus territórios ou por seus nacionais.

Assim como os juízes do TPI, o Procurador e o Procurador Adjunto são eleitos pela Assembleia dos Estados Partes para um mandato não renovável de nove anos.

O GdP é composto por três divisões principais: a) a Divisão de Jurisdição, Complementaridade e Cooperação, responsável por realizar exames preliminares, prestar assessoria em questões de jurisdição, admissibilidade e cooperação, coordenando, ainda, a cooperação judiciária e as relações externas do Gabinete; b) a Divisão de Investigação, encarregada de fornecer perícia e apoio de investigação, coordenando o desdobramento de campo do pessoal e planos de segurança e políticas de proteção, fornecendo, ainda, análise de crime, de informações e de evidências; e c) a Divisão de Promotoria, que prepara as estratégias de litígio e conduz os processos, inclusive por meio de apresentações escritas e orais aos juízes.

As principais disposições sobre o GdP estão no art. 42 do ER:

“Artigo 42

O Gabinete do Procurador

1. O Gabinete do Procurador atuará de forma independente, enquanto órgão autônomo do Tribunal. Competir-lhe-á recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de os examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao Tribunal. Os membros do Gabinete do Procurador não solicitarão nem cumprirão ordens de fontes externas ao Tribunal.

2. O Gabinete do Procurador será presidido pelo Procurador, que terá plena autoridade para dirigir e administrar o Gabinete do Procurador, incluindo o pessoal, as instalações e outros recursos. O Procurador será coadjuvado por um ou mais Procuradores-Adjuntos, que poderão desempenhar qualquer uma das funções que incumbam àquele, em conformidade com o disposto no presente Estatuto. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos terão nacionalidades diferentes e desempenharão o respectivo cargo em regime de exclusividade.

3. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos deverão ter elevada idoneidade moral, elevado nível de competência e vasta experiência prática em matéria de processo penal. Deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. O Procurador será eleito por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembleia dos Estados Partes. Os Procuradores-Adjuntos serão eleitos da mesma forma, de entre uma lista de candidatos apresentada pelo Procurador. O Procurador proporá três candidatos para cada cargo de Procurador-Adjunto a prover. A menos que, ao tempo da eleição, seja fixado um período mais curto, o Procurador e os Procuradores-Adjuntos exercerão os respectivos cargos por um período de nove anos e não poderão ser reeleitos.

5. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos não deverão desenvolver qualquer atividade que possa interferir com o exercício das suas funções ou afetar a confiança na sua independência e não poderão desempenhar qualquer outra função de caráter profissional.

6. A Presidência poderá, a pedido do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, escusá-lo de intervir num determinado caso.

7. O Procurador e os Procuradores-Adjuntos não poderão participar em qualquer processo em que, por qualquer motivo, a sua imparcialidade possa ser posta em causa. Serão recusados, em conformidade com o disposto no presente número, entre outras razões, se tiverem intervindo anteriormente, a qualquer título, num caso submetido ao Tribunal ou num procedimento crime conexo em nível nacional, que envolva a pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal.

8. As questões relativas à recusa do Procurador ou de um Procurador-Adjunto serão decididas pelo Juízo de Recursos.

a) A pessoa objeto de inquérito ou procedimento criminal poderá solicitar, a todo o momento, a recusa do Procurador ou de um Procurador-Adjunto,

pelos motivos previstos no presente artigo;

b) O Procurador ou o Procurador-Adjunto, segundo o caso, poderão pronunciar-se sobre a questão.

9. O Procurador nomeará assessores jurídicos especializados em determinadas áreas incluindo, entre outras, as da violência sexual ou violência por motivos relacionados com a pertença a um determinado gênero e da violência contra as crianças”.

Secretaria

A Secretaria está disciplinada no art. 43 do ER:

“Artigo 43

A Secretaria

1. A Secretaria será responsável pelos aspectos não judiciais da administração e do funcionamento do Tribunal, sem prejuízo das funções e atribuições do Procurador definidas no artigo 42.

2. A Secretaria será dirigida pelo Secretário, principal responsável administrativo do Tribunal. O Secretário exercerá as suas funções na dependência do Presidente do Tribunal.

3. O Secretário e o Secretário-Adjunto deverão ser pessoas de elevada idoneidade moral e possuir um elevado nível de competência e um excelente conhecimento e domínio de, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

4. Os juízes elegerão o Secretário em escrutínio secreto, por maioria absoluta, tendo em consideração as recomendações da Assembleia dos Estados Partes. Se necessário, elegerão um Secretário-Adjunto, por recomendação do Secretário e pela mesma forma.

5. O Secretário será eleito por um período de cinco anos para exercer funções em regime de exclusividade e só poderá ser reeleito uma vez. O Secretário-Adjunto será eleito por um período de cinco anos, ou por um período mais curto se assim o decidirem os juízes por deliberação tomada por maioria absoluta, e exercerá as suas funções de acordo com as exigências de serviço.

6. O Secretário criará, no âmbito da Secretaria, uma Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas. Esta Unidade, em conjunto com o Gabinete do Procurador, adotará medidas de proteção e dispositivos de segurança e prestará assessoria e outro tipo de assistência às testemunhas e vítimas que compareçam perante o Tribunal e a outras pessoas ameaçadas em virtude do testemunho prestado por aquelas. A Unidade incluirá pessoal especializado para atender as vítimas de traumas, nomeadamente os relacionados com crimes de violência sexual”.

Fundo Fiduciário para Vítimas

Embora o Fundo Fiduciário para Vítimas (FFV) seja separado do TPI, ele foi criado em 2004 pela Assembleia dos Estados Partes, de acordo com o art. 79.1 do ER: “Por decisão

da Assembleia dos Estados Partes, será criado um Fundo a favor das vítimas de crimes da competência do Tribunal, bem como das respectivas famílias”.

A missão do Fundo é apoiar e implementar programas que tratem de danos resultantes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão. Para alcançar essa missão, o FFV tem um mandato duplo: a) implementar reparações ordenadas pelo TPI e b) fornecer apoio físico, psicológico e material às vítimas e suas famílias. Ao ajudar as vítimas a retornarem a uma vida digna e contributiva dentro de suas comunidades, o FFV contribui para a realização de uma paz sustentável e duradoura, promovendo a justiça restaurativa e a reconciliação.

Composição, candidatura e eleição dos juízes

De acordo com o ER, o TPI é composto por 18 juízes (art. 36.1)⁵¹⁷, não podendo ter mais de um juiz nacional do mesmo Estado-Parte (art. 36.7). Na seleção dos juízes, os Estados-Partes devem ponderar sobre a necessidade de assegurar que a composição do Tribunal inclua a) a representação dos principais sistemas jurídicos do mundo, b) uma representação geográfica equitativa e c) uma representação justa de juízes do sexo feminino e do sexo masculino (art. 36.8.a). Além disso, os Estados-Partes devem levar igualmente em consideração a necessidade de assegurar a presença de juízes especializados em determinadas matérias, incluindo, entre outras, a violência contra mulheres e crianças (art. 36.8.b).

Os candidatos a juízes do TPI devem possuir os seguintes requisitos (art. 36.4): a) elevada idoneidade moral; b) imparcialidade e integridade; c) reconhecida competência em Direito Penal e Direito Processual Penal e a necessária experiência penais na qualidade de juiz, procurador, advogado ou outra função semelhante, ou, ainda, reconhecida competência em matérias relevantes de Direito Internacional, tais como o Direito Internacional Humanitário e os Direitos Humanos, assim como vasta experiência em profissões jurídicas com relevância para a função judicial do Tribunal; d) excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal⁵¹⁸; e e) reunirem as condições para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países.

O processo de eleição dos juízes do TPI funciona basicamente da seguinte forma (ER, art. 36.4 e seguintes): a) Os Estados-Partes do ER, querendo, apresentam seus candidatos, que devem ser seus nacionais ou de outros Estados-Partes; b) são estabelecidas duas listas com os nomes dos candidatos, separando-os entre as especialidades Direito Penal e Direito Processual Penal de um lado e, do outro, matérias relevantes para o Direito Internacional, assegurando-se uma proporção equivalente na composição do Tribunal; c) os juízes são eleitos por votação secreta em sessão da Assembleia dos

⁵¹⁷ O ER prevê que a Presidência, agindo em nome do Tribunal, poderá propor – à Assembleia dos Estados Partes – o aumento do número de juízes fundamentando as razões pelas quais considera necessária e apropriada tal medida (art. 36.2.a).

⁵¹⁸ Embora sejam línguas oficiais de trabalho do TPI as línguas árabe, chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa (ER, art. 50.1), somente as línguas francesa e inglesa são as de trabalho do Tribunal (art. 50.2).

Estados Partes.

Uma brasileira já integrou o TPI como juíza: Silvia Steiner.

Os juízes do TPI são eleitos para um mandato não renovável de nove anos (art. 36.9.a). No entanto, de acordo com o art. 38.10 do ER, um juiz afeto a um Juízo de Julgamento em Primeira Instância ou de Recurso permanecerá no exercício de suas funções até a conclusão do julgamento ou do recurso dos casos que tiver a seu cargo.

Crimes de competência do TPI

O ER estabelece que a competência do TPI se restringe aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, sendo eles os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão (art. 5.1). Vejamos o que dispõe o ER sobre os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra:

“Artigo 6º

Crime de Genocídio

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “genocídio”, qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Artigo 7º

Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;

h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

j) Crime de apartheid;

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

a) Por “ataque contra uma população civil” entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1o contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;

b) O “extermínio” compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;

c) Por “escravidão” entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por “deportação ou transferência à força de uma população” entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

e) Por “tortura” entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;

f) Por “gravidez à força” entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

g) Por “perseguição” entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

h) Por “crime de apartheid” entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou

com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo “gênero” abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

Artigo 8º

Crimes de Guerra

1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crimes de guerra”:

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

i) Homicídio doloso;

ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;

iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;

iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;

v) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;

vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;

vii) Deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade;

viii) Tomada de reféns;

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja bens que não sejam objetivos militares;

iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados;

iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio

ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa;

v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares;

vi) Matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido;

vii) Utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves;

viii) A transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território;

ix) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

x) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou coloquem seriamente em perigo a sua saúde;

xi) Matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo;

xii) Declarar que não será dado quartel;

xiii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões sejam imperativamente determinadas pelas necessidades da guerra;

xiv) Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga;

xv) Obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra;

xvi) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto;

xvii) Utilizar veneno ou armas envenenadas;

xviii) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo;

xix) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões;

xx) Utilizar armas, projéteis; materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito inter-

nacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis, materiais e métodos de combate sejam objeto de uma proibição geral e estejam incluídos em um anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121 e 123;

xxi) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

xxii) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do parágrafo 2o do artigo 7o, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave às Convenções de Genebra;

xxiii) Utilizar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;

xxv) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, inclusive, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra;

xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3o comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:

i) Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura;

ii) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

iii) A tomada de reféns;

iv) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis.

d) A alínea c) do parágrafo 2o do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante;

e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos:

i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que

não participem diretamente nas hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como ao pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis;

iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

v) Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto;

vi) Cometer atos de agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f do parágrafo 2o do artigo 7o; esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3o comum às quatro Convenções de Genebra;

vii) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

viii) Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas;

ix) Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante;

x) Declarar que não será dado quartel;

xi) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar nem sejam efetuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo;

xii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam;

f) A alínea e) do parágrafo 2º do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.

3. O disposto nas alíneas c) e e) do parágrafo 2º, em nada afetará a responsabilidade que incumbe a todo o Governo de manter e de restabelecer a ordem pública no Estado, e de defender a unidade e a integridade territorial do Estado por qualquer meio legítimo”.

Sobre o crime de agressão, o ER prevê que “O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime” (art. 5.2).

O art. 121 do ER estabelece o procedimento para proposição e aprovação de reformas ao ER, enquanto que o art. 123.1 prevê que “Sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocará uma Conferência de Revisão para examinar qualquer alteração ao presente Estatuto. A revisão poderá incidir nomeadamente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no art. 5º. A Conferência estará aberta aos participantes na Assembleia dos Estados Partes, nas mesmas condições”.

Esta Conferência de Revisão do Estatuto de Roma foi realizada em Kampala, Uganda, no período de 31.05 a 11.06 de 2010, quando foram adotadas, por meio da Resolução nº 6, as emendas sobre o crime de agressão. De acordo com a Res. nº 6, o TPI somente pode exercer a sua competência a respeito de crimes de agressão cometidos um ano após a ratificação ou aceitação das emendas por trinta Estados-Partes (art. 15.1). Além disso, o art. 15.2 da Res. nº 6, o exercício da competência do TPI ainda ficou condicionado a uma decisão a ser tomada a partir de 01.01.2017 pela mesma maioria de Estados-Partes exigida para a aprovação de uma emenda ao ER (2/3, nos termos do art. 121.3 do ER).

Em 29.06.2016, o Estado da Palestina foi o 30º Estado-Parte do ER a depositar o instrumento de ratificação do acordo de emenda celebrado em Kampala. Em junho de 2017, portanto, o Acordo de Kampala estava em vigor, mas ainda faltava a decisão exigida pelo art. 15.2 da Res. nº 6, o que veio a ocorrer entre os dias 4 e 15.12.2017, na 16ª Assembleia dos Estados Partes, quando se decidiu ativar a competência do TPI para julgar o crime de agressão a partir de 17.07.2018.

O Brasil ainda não ratificou o Acordo de Kampala, de modo que crime de agressão ocorrido no território brasileiro não pode ser submetido a julgamento pelo TPI, e isso porque o ER condiciona a entrada em vigor de alterações no seu texto a aceitação pelos Estados-Partes quando se tratar de ampliação do rol de crimes de sua competência (art. 121.5). A exceção à esta regra ocorre se o julgamento do crime for *adjudicado* ao TPI pelo Conselho de Segurança da ONU.

Vejamos a seguir, nos termos do Acordo de Kampala, o conceito e o alcance do crime de agressão:

“Artigo 8º bis

Crime de agressão

1. Para os fins do presente Estatuto, uma pessoa comete um crime de agressão quando, estando em condições de controlar ou dirigir efetivamente a ação política ou militar de um Estado, esta pessoa planeja, prepara, inicia ou realiza um ato de agressão que, por suas características, gravidade e escala constitua uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas.
2. Para os fins do parágrafo 1º, por “ato de agressão” se entenderá o uso da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou em qualquer outra forma incom-

patível com a Carta das Nações Unidas. Em conformidade com a resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1974, qualquer dos seguintes atos, independentemente de que haja ou não declaração de guerra, serão caracterizados como ato de agressão:

- a. A invasão ou o ataque pelas forças armadas de um Estado do território de outro Estado, ou toda ocupação militar, ainda que temporária, que resulte desta invasão ou ataque, ou toda anexação, mediante o uso de força, do território de outro Estado ou de parte dele;
- b. O bombardeio, pelas forças armadas de um Estado, do território de outro Estado, ou o emprego de quaisquer armas por um Estado contra o território de outro Estado;
- c. O bloqueio dos portos ou das costas de um Estado pelas forças armadas de outro Estado;
- d. O ataque pelas forças armadas de um Estado contra as forças armadas terrestres, navais ou aéreas de outro Estado, ou contra sua frota marcante ou aérea;
- e. A utilização de forças armadas de um Estado, que se encontrem no território de outro Estado com a aceitação do Estado receptor, em violação das condições estabelecidas no acordo ou toda prolongação de sua presença no referido território depois de determinado o acordo;
- f. A ação de um Estado que permite que seu território, colocado à disposição de outro Estado, seja utilizado por este outro Estado para perpetrar um ato de agressão contra um terceiro Estado;
- g. O envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos armados, grupos irregulares ou mercenários que pratiquem atos de força armada contra outro Estado de tal gravidade que sejam equiparáveis aos atos antes enumerados, ou a sua substancial participação nestes atos”.

Para auxiliar o TPI na interpretação e aplicação dos artigos 6-8 do ER – assim como do Acordo de Kampala –, que estabelecem os crimes da jurisdição do Tribunal, a Assembleia dos Estados Partes, autorizada pelo ER (art. 9º), no exercício de sua competência normativa, redigiu o documento *Elementos de Crimes*, fixando os elementos que devem estar presentes para que uma pessoa seja considerada criminalmente responsável pela prática daqueles crimes.

Condições para o exercício da competência pelo TPI

De acordo com o ER, são estas as condições para o exercício da jurisdição pelo TPI:

- a) as instâncias judiciais internas terem falhado na persecução penal do caso – característica da complementariedade ou da subsidiariedade do TPI. Sobre esta condição, importante a leitura do art. 20 do ER, que trata da garantia do *ne bis in idem* e da chamada coisa julgada fraudulenta:

Artigo 20

Ne bis in idem

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

b) o crime ou os crimes devem ter sido cometidos após a entrada em vigor do Estatuto, o que ocorreu em 01.07.2002 (art. 11.1);

c) o crime ou os crimes devem ter sido cometidos no território de um Estado Parte (art. 12.2.a) ou por um nacional de um Estado Parte (art. 12.2.b), podendo, ainda, esta aderência se dar mediante declaração específica por Estado não contratante caso o crime tenha ocorrido em seu território ou for cometido por seu nacional (art. 11.2), ou ainda, ter o CSNU adotado resolução vinculante adjudicando o caso ao TPI, independentemente de o Estado onde ocorreu o crime ou do qual o autor é nacional ter ratificado o ER (art. 13.b), competência esta exercida de acordo com o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, referente à “ação relativa a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão”.

A ativação da competência do TPI pode se dar mediante a) denúncia por um Estado Parte ao Procurador, b) denúncia pelo CSNU ao Procurador e c) de ofício pelo Procurador (ER, art. 13).

Disposições penais aplicáveis ao julgamento pelo TPI

O Capítulo III do ER trata dos princípios gerais de Direito Penal aplicáveis ao TPI. Vejamos brevemente cada um deles.

1. *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei). De acordo com o ER, “Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal” (art. 22.1), prevendo ainda que “A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada”
2. *Nulla poena sine lege* (não há pena sem lei). Prevê o ER que “Qualquer pessoa

condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto” (art. 23).

3. *Não retroatividade para prejudicar.* De acordo com o ER, “Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto” (art. 24.1), prevendo ainda que “Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada”.
4. *Responsabilidade penal individual.* De acordo com o ER, o TPI é competente para julgar apenas pessoas físicas (art. 25.1). Prevê o ER que será considerado criminalmente responsável quem: a) cometer o crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; b) ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob a forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) contribuir de alguma forma para prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso, com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal, ou com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime; e) no caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, a sua prática; e f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.
5. *Exclusão da jurisdição relativamente a menores de 18 anos.* De acordo com o ER, o TPI somente possui jurisdição sobre pessoas que, na data da prática do crime, tenham completado 18 anos de idade (art. 26).
6. *Irrelevância da qualidade oficial.* O ER prevê que as suas normas são aplicadas de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial, de modo que em nada influencia imunidades ou normas especiais de procedimento previstas no Direito interno ou no Direito Internacional (art. 27).
7. *Responsabilidade dos Chefes Militares e outros superiores hierárquicos.* Ver art. 28.
8. *Imprescritibilidade.* Prevê o ER que os crimes da competência do TPI não prescrevem (art. 29).
9. *Elementos psicológicos.* De acordo com o ER, “Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais” (art. 30).
10. *Causas de exclusão da responsabilidade criminal.* Ver art. 31.
11. *Erro de fato ou erro de direito.* Ver art. 32.

12. *Decisão hierárquica e disposições legais.* Ver art. 33.

Ainda sobre o assunto, o Capítulo VII do ER trata das penas no âmbito do TPI. De acordo com o art. 77 do ER, o TPI pode impor à pessoa condenada as seguintes penas: a) pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou b) pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem; e ainda c) multa; e d) perda de bens.

O art. 78 do ER trata dos critérios da determinar a pena:

"Artigo 78

Determinação da pena

1. Na determinação da pena, o Tribunal atenderá, em harmonia com o Regulamento Processual, a fatores tais como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado.
2. O Tribunal descontará, na pena de prisão que vier a aplicar, o período durante o qual o acusado esteve sob detenção por ordem daquele. O Tribunal poderá ainda descontar qualquer outro período de detenção que tenha sido cumprido em razão de uma conduta constitutiva do crime.
3. Se uma pessoa for condenada pela prática de vários crimes, o Tribunal aplicará penas de prisão parcelares relativamente a cada um dos crimes e uma pena única, na qual será especificada a duração total da pena de prisão. Esta duração não poderá ser inferior à da pena parcelar mais elevada e não poderá ser superior a 30 anos de prisão ou ir além da pena de prisão perpétua prevista no artigo 77, parágrafo 1o, alínea b)".

Procedimento de investigação, instrução, julgamento e execução da pena

O procedimento no TPI se assemelha ao procedimento brasileiro para persecução penal dos crimes de competência do Tribunal do Júri, pois se desenvolve a partir de um inquérito e depois passa, se o Procurador oferecer a acusação, por uma etapa judicial dividida em duas fases, sendo uma de pré-julgamento, onde são analisados os requisitos para o julgamento (equivalente à "pronúncia" no Júri), e uma segunda fase do julgamento propriamente dito, em que se analisa o mérito.

Até a primeira fase, atua a Seção de Instrução. A segunda fase tramita perante a Seção de Julgamento em Primeira Instância, que profere a sentença, que, sendo de procedência, é acompanhada da fixação da pena e de medidas de reparação às vítimas.

Tantos as decisões interlocutórias quanto as decisões finais podem ser objeto de recurso para a Seção de Recursos.

Sobre a execução da pena no âmbito do TPI, recomendamos a leitura dos artigos 103 a 111 do ER.

A relação do Brasil com o TPI

O Brasil aderiu ao ER e o internalizou em 25.09.2002 por meio do Decreto nº 4.388. Em 2004, a EC 45, para eliminar ou pelo menos atenuar as incompatibilidades – que já

veremos – entre o ER e a CF/88, inseriu no art. 5º da Constituição o novo § 4º, que dispõe que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

As incompatibilidades entre o ER e a CF/88 são as seguintes:

1. *Entrega de brasileiro nato*. O ER prevê que os Estados-partes devem *entregar* a pessoa investigada ou condenada pelo TPI ao Tribunal para cumprir prisão preventiva ou pena definitiva, assim como para comparecer a atos que exijam a sua presença física. O 102 do ER faz a distinção entre *entrega* – Estado → Tribunal – e *extradição* – Estado → Estado. A CF veda a extradição de brasileiro nato (art. 5º, LI).
2. *Coisa julgada pro reo*. O ER, conforme vimos anteriormente, não aceita a coisa julgada “fraudulenta” e a supera, inclusive contra o réu.
3. *Imunidades materiais e formais previstas na CF/88*, para congressistas por exemplo.
4. *Imprescritibilidade*. A CF contém rol taxativo – art. 5º, incisos XLII e XLIV (racismo, ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito). O ER generaliza a imprescritibilidade.
5. *Pena de caráter perpétuo*. A CF veda (art. 5º, XLVII, b).

Prevalece o entendimento de que todas estas incompatibilidades devem ser resolvidas em favor do Estatuto de Roma, e isso porque o Direito Internacional dos Direitos Humanos está fundado na premissa de que o Estado, depois de aderir ao texto de um tratado, não pode invocar disposições de direito interno para descumprir os termos daquele. Além disso, o ER não admite reservas, de modo que, quando o Estado adere ao seu texto, está concordando com a sua integralidade (art. 120).

Ainda sobre a relação do Brasil com o TPI, consideramos importante relembrar o *Caso Al-Bashir*, em que um pedido de cooperação internacional *vertical* remetido pelo TPI ao Estado brasileiro foi encaminhado ao STF, instaurando-se uma discussão a respeito do órgão competente para processar um pedido de cooperação internacional *vertical* originado de tribunal internacional como o TPI.

Sobre a cooperação internacional *vertical* – que não se confunde com a *horizontal*, praticada entre Estados, e não entre Estado x tribunal internacional –, importante a leitura de dois dispositivos do ER:

ER, art. 86 (obrigação geral de cooperar): “Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de competência deste”.

ER, art. 89.1 (entrega de pessoas ao TPI): “O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação

aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos”.

No *Caso Al-Bashir*, o TPI solicitou ao Estado brasileiro a detenção e a posterior *entrega* do então ditado do Sudão, Al-Bashir, que, segundo informações obtidas pelo TPI, se encontrava em território brasileiro. Recebido o pedido de cooperação do TPI, o Poder Executivo o encaminhou para o STF, como se tratasse de um pedido de extradição. O min. Celso de Mello, substituindo a Presidência do Supremo, fez um amplo estudo sobre o TPI e as suas eventuais incompatibilidades com o Direito interno, mas postergou a decisão, que ainda não foi proferida (Pet 4.625).

Como a entrega é um ato de cooperação *vertical* entre TPI e Estado, e não uma cooperação *horizontal* que se dá, por exemplo, na extradição, a doutrina majoritária entende que o STF não teria competência para processar e julgar o pedido de cooperação. Trata-se, portanto, de uma competência da Justiça Federal de 1º grau, que, nos termos do art. 109, III, da CF, possui competência para processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.

1. Caso Thomas Lubanga Dyilo

Data do julgamento	10.07.2012
--------------------	------------

1.1. Resumo do caso

Thomas Lubanga Dyilo é um ex-líder de um dos maiores movimentos revolucionários da República Democrática do Congo. Após diversas denúncias da comunidade internacional de que Lubanga estaria realizando o aliciamento e recrutamento de crianças menores de quinze anos para compor os quadros de seu grupo revolucionário – e após infrutíferas tentativas de resolver o problema na jurisdição doméstica –, o presidente congolês, Joseph Kabila, remeteu o caso ao procurador do Tribunal Penal Internacional em março de 2004.

No dia 29 de janeiro de 2007, a Sala de Juízo Preliminar (órgão do TPI incumbido de realizar o juízo de admissibilidade dos casos) confirmou que havia provas suficientes de que Thomas Lubanga Dyilo seria responsável pelo alistamento e recrutamento de crianças menores de quinze anos em uma milícia paramilitar do Estado do Congo, de setembro de 2002 a agosto de 2003, período em que Lubanga era o comandante das Forças Patrióticas para a Libertação do Congo (FPLC). A instrução do processo prosseguiu até o dia 10 de junho de 2012, quando o Tribunal Penal Internacional entrou para a história da comunidade internacional ao proferir sua primeira condenação depois de mais de uma década de funcionamento.

Por unanimidade, a câmara de julgamento do Tribunal Penal Internacional condenou Lubanga a quatorze anos de prisão por seu envolvimento no recrutamento e alistamento de crianças menores de quinze anos para as Forças Patrióticas para a Libertação do Congo. Diversos foram os aspectos considerados na condenação do *ex-lord of war* congolês, dentre

eles a vulnerabilidade das crianças recrutadas para guerra e os danos causados às vítimas e às suas famílias. A câmara de apelação do Tribunal Penal Internacional julgou o recurso de Lubanga Dyilo no dia 1º de dezembro de 2014 e manteve a decisão de primeiro grau.

1.2. Pontos importantes

1.2.1. Primeira condenação proferida pelo Tribunal Penal Internacional. O *Caso Thomas Lubanga Dyilo* representa a primeira condenação proferida pelo TPI. Com a condenação do ex-senhor da guerra congolês, a comunidade internacional acredita que haverá uma mudança de comportamento dos ditadores africanos. O continente africano é o local onde ocorre a maioria dos crimes de *jus cogens*⁵¹⁹. A condenação de Lubanga Dyilo não é somente um fato novo na caçada aos criminosos de guerra em âmbito global, mas um extraordinário avanço na consolidação do TPI como instituição credível.

1.2.2. Desuso do *testemunho de ouvi dizer* pelo Tribunal Penal Internacional. O Tribunal Penal Internacional possuía a prática de utilizar diversos *testemunhos de ouvi dizer* na investigação ou até mesmo na instrução de seus processos. A *testemunha de ouvi dizer*, também chamada de *testemunha de auditu*, é aquela que não assistiu à cena delituosa, mas soube por informação de alguém e, assim, comparecendo perante a autoridade, vai dizer que soube. Trata-se de mais uma importação do direito norte-americano (*hearsay testimony*). Embora não exista uma vedação expressa para a utilização do *testemunho de ouvir dizer*, a sua utilização não é aconselhável para a elucidação dos fatos e na busca da verdade processual, uma vez que o indivíduo que presta o *testemunho de ouvi dizer* obteve ciência das informações declaradas perante a autoridade estatal apenas de forma indireta. Nesse sentido, o TPI vem mitigando a utilização do *testemunho de auditu* em seus precedentes, conforme sinalizou no *Caso Thomas Lubanga Dyilo*⁵²⁰.

1.2.3. Recrutamento e alistamento de “crianças” para servir em milícia. Muitos devem ter questionado o fato de o TPI falar em recrutamento de “crianças” menores de quinze anos. Entretanto, é importante observar que, para a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, considera-se criança todo menor de 18 anos⁵²¹. Assim, a classificação adotada pelo Direito Internacional é distinta do critério adotado pelo ECA, que considera criança toda pessoa de até 12 anos incompletos.

1.2.4. Críticas à tramitação do processo. Embora se reconheça o inegável fator histórico da condenação no *Caso Lubanga Dyilo*, o seu julgamento não ficou isento de críticas pelas partes que atuaram no processo, as quais apontaram diversas irregularidades, como a

⁵¹⁹ Os crimes de *jus cogens* são aqueles que, quando cometidos, afetam valores essenciais da comunidade internacional. São crimes de *jus cogens* os crimes de agressão, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de genocídio, todos de competência do Tribunal Penal Internacional.

⁵²⁰ Para um maior aprofundamento sobre o tema, ver BADARÓ, Gustavo Henrique. *A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional. Estudo sobre sua admissibilidade e valoração*. Disponível em: <<http://badaroadogados.com.br/a-utilizacao-da-hearsay-witness-na-corte-penal-internacional-estudo-sobre-sua-admissibilidade-e-valoracao-1.html>>.

⁵²¹ Art. 1º da Convenção da ONU sobre Direitos da Criança: “Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

suspensão da tramitação, o excesso na delimitação da acusação por parte do órgão acusatório do TPI, entre outras⁵²².

1.3. Conexões com o Direito brasileiro

1.3.1. Impossibilidade de instauração de inquérito policial com base exclusivamente no testemunho de ouvi dizer. Ao julgar reclamação proposta pelo ex-Ministro da Casa Civil, José Dirceu, o STF decidiu pela impossibilidade de instaurar inquérito policial com base em mero *testemunho de ouvir dizer* (*hearsay testimony*). Ou seja, o STF aplicou o mesmo entendimento jurisprudencial já consolidado nos casos envolvendo a instauração de inquérito policial com base em denúncia anônima: é necessário que se verifique a procedência das informações para legitimar a instauração do inquérito policial com base no *testemunho de ouvi dizer* (Rcl 4.336, rel. min. Luiz Fux, decisão monocrática, j. 29.06.2016).

1.3.2. Tribunais internacionais e suas gerações. A doutrina e as cortes internacionais idealizaram as chamadas gerações de tribunais internacionais de direitos humanos. Nessa classificação, o TPI seria um tribunal de terceira geração.

Gerações de tribunais internacionais de direitos humanos	
Tribunal Internacional de Nuremberg e Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente ("Tribunal de Tóquio")	1ª Geração

⁵²² Sobre essas críticas, explica José Cretella Neto: "Contudo, esse primeiro julgamento do TPI não ficou isento de contundentes críticas. A primeira é a de que o julgamento fora suspenso em 13-6-2008, quando o Tribunal decidiu que a recusa do Promotor em apresentar provas favoráveis à defesa (*exculpatory evidence*) constituía uma violação ao direito do acusado a um julgamento justo. O Promotor obtivera trais provas da ONU e de outras fontes sob condição de sigilo, mas os juízes entenderam que o Promotor aplicara indevidamente os dispositivos pertinentes do Estatuto do TPI e, em consequência, 'the trial process has been ruptured to such a degree that it is now impossible to piece together the constituent element of a fair trial' (= o processo foi desfigurado de tal forma que se tornou agora impossível reunir os elementos necessários que constituem um julgamento justo). Assim, em 2-7-2008, o TPI ordenou a soltura de Lubanga, por considerar que seu julgamento não poderia ser considerado justo, devendo ser repelidas todas as justificativas para sua detenção. Contudo, a Promotora recorreu dessa decisão e a Câmara de Apelação entendeu que Lubanga deveria ser mantido em custódia. Em 18-11-2008, o Promotor concordou em revelar ao Tribunal todas as informações sigilosas e a Câmara de Julgamento determinou o prosseguimento do processo. O Promotor foi duramente criticado por sua atuação, mas o Tribunal foi elogiado por sua insistência em assegurar justiça ao acusado. Já antes disso, em 2006, várias ONGs ligadas aos Direitos Humanos – Avocats Sans Frontières, Center for Justice and Reconciliation, Coalition Nationale pour la Cour Pénale Internationale – RDC, Fédération Internationale des Ligues de Droits de l'Homme, Human Rights Watch, International Center for Transnational Justice, Redress e Women's Initiatives for Gender Justice – enviaram uma carta conjunta na qual expressavam preocupação com as acusações contra Lubanga que consideravam insuficientes, devendo-lhe ser imputados mais crimes. Consideravam que, se não o fizesse, a Promotora poderia minar a credibilidade do TPI. Além disso, ao limitar a acusação a poucos crimes, também seria limitada a participação das muitas vítimas do processo, impedindo-as de pleitear reparações. Por outro lado, os advogados de Lubanga reclamaram que a equipe de defesa recebeu bem menos recursos financeiros do que a Promotora, que as provas e as declarações das testemunhas demoraram muito a chegar, e que muitos documentos passaram por censura de tal forma rigorosa, que ficou impossível lê-los" (CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal...*, p. 199-200).

Tribunal Penal Internacional de Ruanda e Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia	2ª Geração
Tribunal Penal Internacional (TPI)	3ª Geração
Tribunais Penais Internacionalizados ou híbridos (como, por exemplo, o Tribunal Especial para Serra Leoa)	4ª Geração

2. Caso Mathieu Ngudjolo Chui

Data do julgamento	10.12.2013
--------------------	------------

2.1. Resumo do caso

No dia 24 de fevereiro de 2003, ocorreu o famoso “Massacre do Bogoro”, no qual a Força de Resistência Patriótica em Ituri atacou a aldeia de Bogoro, na República Democrática do Congo. Foi praticada uma série de crimes contra a humanidade, dentre os quais o assassinato de civis e crimes sexuais contra as mulheres que residiam na aldeia. O conflito ocorreu por motivos étnicos. O conflito étnico instalado na região de Ituri, onde fica Bogoro, já causou a morte de mais de oito mil civis, além do deslocamento forçado de mais de meio milhão de pessoas, que foram obrigadas a deixar suas casas. O órgão acusatório do Tribunal Penal Internacional acusou Mathieu Ngudjolo Chui, juntamente com outras pessoas (dentre elas, Germain Katanga), de cometer crimes de guerra e crimes contra a humanidade durante o massacre. A República Democrática do Congo ratificou o Estatuto de Roma em 11 de abril de 2002. No dia 3 de março de 2004, a situação dos conflitos étnicos no Congo chegou até o TPI. Após uma análise preliminar, no dia 21 de junho de 2004, a Promotoria do TPI iniciou a investigação sobre a situação em território congolês. O caso foi formalmente aberto no Tribunal Penal Internacional juntamente com o *Caso The Prosecutor vs. Germain Katanga* no dia 10 de março de 2008. Mathieu Chui, contudo, já aguardava seu julgamento preso em Haia, sede do Tribunal Penal Internacional, desde 7 de fevereiro de 2008.

No dia 18 de dezembro de 2012, a 2ª Câmara de Julgamento do Tribunal Penal Internacional absolveu Mathieu Ngudjolo Chui de todas as acusações, por considerar que a promotoria não conseguiu reunir provas suficientes contra Chui. Ao decidir dessa maneira, os juízes do TPI explicaram que a absolvição do sr. Chui, por si só, não significa que o acusado era inocente, mas que ele não poderia ser condenado, dado que havia dúvidas sobre a sua participação nos crimes que lhe foram imputados pelo órgão acusador do TPI. Por fim, no dia 27 de fevereiro de 2015, a Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional manteve a absolvição de Mathieu Ngudjolo Chui, encerrando o caso de maneira definitiva. Assim, nenhuma das vítimas do Massacre do Bogoro receberá qualquer tipo de reparação pelo sr. Chui, embora o TPI tenha se comprometido em continuar a prestar o serviço de proteção de testemunhas para aquelas que corram risco em razão de seus depoimentos no caso.

2.2. Pontos importantes

2.2.1. Primeira absolvição proferida pelo Tribunal Penal Internacional. O *Caso Chui* é emblemático para o Tribunal Penal Internacional, pois consiste na primeira absolvição de toda a sua história. O resultado do *Caso Chui* indica uma postura criteriosa dos juízes do TPI na análise do acervo probatório dos casos. Podemos observar isso porque, no mesmo contexto fático, o tribunal condenou Germain Katanga e absolveu Mathieu Ngudjolo Chui, o que demonstra uma análise minuciosa e individualizada dos fatos pelos magistrados do TPI, que não se deixaram influenciar pela comoção social que envolvia o caso do Massacre do Bogoro. Também é oportuno destacar a independência dos órgãos do Tribunal Penal Internacional: embora a Promotoria, órgão encarregado de realizar a acusação, integre os quadros do TPI, ela possui total independência funcional. Essa independência reforça a neutralidade do tribunal.

2.2.2. O *Caso Chui* ocorreu no mesmo contexto fático do *Caso Germain Katanga*. Dos três casos já efetivamente julgados pelo TPI, dois deles dizem respeito ao “Massacre do Bogoro”. Além do *Caso Chui*, os fatos em análise também desencadearam outra acusação no Tribunal Penal Internacional. Trata-se do *Caso The Prosecutor vs. Germain Katanga*, que levou à condenação em primeiro grau do acusado pelos ataques à aldeia do Bogoro, conforme veremos a seguir.

3. Caso Germain Katanga

Data do julgamento	23/05/2014
--------------------	------------

3.1. Resumo do caso

No dia 24 de fevereiro de 2003, Germain Katanga, comandante da milícia Força de Resistência Patriótica em Ituri, liderou o famoso “Massacre de Bogoro”, que consistiu de ataque e pilhagem da aldeia de Bogoro, na República Democrática do Congo. Durante esse ataque, foi praticada uma série de assassinatos e crimes sexuais contra mulheres que estavam no local. O conflito ocorreu por motivos étnicos. O conflito étnico instalado na região de Ituri, onde se situa Bogoro, já causou a morte de mais de oito mil civis, além do deslocamento forçado de mais de meio milhão de pessoas, que foram obrigadas a deixar suas casas. Inicialmente, a promotoria do Tribunal Penal Internacional acusou Germain Katanga de ser um dos líderes do Massacre do Bogoro, juntamente com o também congolês Mathieu Ngudjolo Chui – este último foi absolvido em dezembro de 2012, conforme estudado anteriormente. O órgão acusatório do TPI acusou Simba (apelido pelo qual Germain Katanga era localmente conhecido) de ser cúmplice de um crime contra a humanidade e de outros quatro crimes de guerra (assassinato, ataque contra a população civil, destruição de bens e pilhagem). A República Democrática do Congo ratificou o Estatuto de Roma em 11 de abril de 2002. No dia 3 de março de 2004, a situação dos conflitos étnicos envolvendo o Congo chegou até o TPI. Após uma preliminar análise, no dia 21 de junho de 2004, a Promotoria do TPI iniciou a investigação sobre a situação em território congolês.

O caso foi formalmente aberto no Tribunal Penal Internacional juntamente com o *Caso The Prosecutor vs. Mathieu Ngudjolo Chui* no dia 10 de março de 2008. Germain

Katanga, entretanto, está preso em Haia, sede do Tribunal Penal Internacional, desde outubro de 2007, onde aguardou toda a instrução do feito em reclusão. Preliminarmente, e como forma de se eximir da acusação por crimes contra a humanidade, a defesa do ex-chefe miliciano alegou que o ataque contra a aldeia de Bogoro havia sido motivado por razões militares, fato que foi prontamente rejeitado pelos juízes do TPI.

No mérito, os juízes do Tribunal Penal Internacional, por maioria de votos, condenaram Germain Katanga a uma pena de doze anos pela prática de crime contra a humanidade e de outros quatro crimes de guerra (assassinato, ataque contra a população civil, destruição de bens e pilhagem). O acusado foi absolvido das acusações de estupro e recrutamento de crianças-soldado. Do *quantum* de doze anos estabelecido pelo TPI, Simba já havia cumprido quase sete anos à época da sentença. Na fixação do *quantum* da pena, os juízes do tribunal consideraram como atenuantes significativos o fato de Katanga ser pai de seis filhos e a sua contribuição com os procedimentos do TPI.

3.2. Pontos importantes

3.2.1. Segunda condenação proferida pelo TPI. O *Caso Katanga* é de suma importância para o Tribunal Penal Internacional, pois consiste na segunda condenação proferida pelo Tribunal. O número crescente de casos julgados e condenações vai tornando a corte situada em Haia uma instituição cada vez mais creditícia perante a ordem internacional. Uma crítica feita por parte da comunidade internacional ao TPI é o fato de, até o momento, suas condenações recaírem apenas sobre ditaduras africanas, isto é, em casos em que não haveria tantos interesses econômicos e políticos envolvidos. Até agora, todos os casos efetivamente já julgados pelo TPI se passaram na República Democrática do Congo.

3.2.2. O *Caso Germain Katanga* ocorreu no mesmo contexto fático do *Caso Chui*. Dos três casos já efetivamente julgados pelo Tribunal Penal Internacional, dois deles dizem respeito ao “Massacre do Bogoro”. Além do *Caso Katanga*, os fatos em análise também desencadearam outra acusação no Tribunal Penal Internacional. Trata-se do caso *The Prosecutor vs. Mathieu Ngujolo Chui*, absolvido pelo TPI por falta de provas da sua participação nos ataques à aldeia de Bogoro. Além disso, outro fato curioso, porém lamentável, é que a primeira condenação do Tribunal Penal Internacional também ocorreu na República Democrática do Congo. Trata-se do *Caso The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, já estudado anteriormente.

4. Caso Jean Pierre Bemba

Data do julgamento	21.06.2016
--------------------	------------

4.1. Resumo do caso

No dia 21 de junho de 2016, o ex-Vice-Presidente da República Democrática do Congo, Jean-Pierre Bemba, foi condenado a 18 anos de prisão pelo Tribunal Penal Internacional (TPI), por violações e mortes brutais há uma década na República Centro-Africana (RCA). Trata-se do dirigente político de mais alto nível a ser condenado pelo

TPI. As atrocidades imputadas ao sr. Jean Pierre Bemba foram feitas pelo seu exército privado, o Movimento de Libertação Congolês (MLC), enviado para a vizinha RCA no final de 2002 para acabar com um golpe contra o Presidente Ange-Félix Patassé, onde desencadearam uma campanha de terror que durou cinco meses, destinada a esmagar qualquer resistência ao governo de Patassé.

Segundo o Tribunal Penal Internacional, Bemba fez “mais do que tolerar crimes como comandante, agindo deliberadamente no intuito de encorajar ataques dirigidos contra a população civil”. Trata-se da terceira condenação proferida pelo Tribunal Penal Internacional.

4.2. Pontos importantes

4.2.1. O TPI utilizou pela primeira vez a teoria do domínio da posição (*command responsibility*). No precedente em estudo, o TPI condenou Jean Pierre Bemba pelo cometimento de crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Ele foi considerado culpado por ter promovido uma campanha de estupro, mortes e tortura na República Centro-Africana nos anos de 2002 e 2003. Foi a primeira vez que a Corte Internacional Penal utilizou o “princípio do comando” ou da “responsabilidade superior” para condenar um indivíduo por crimes perpetrados por seus subordinados. Tal princípio está previsto no art. 28 do Estatuto de Roma e prevê que simples posição hierarquicamente superior do Chefe de Estado em relação aos seus subordinados já seria suficiente para ensejar uma autoria e, por conseguinte, uma condenação perante o Tribunal Penal Internacional, dispensando-se qualquer necessidade de se provar o elemento subjetivo do agente.

4.2.2. Aplicação do princípio da irrelevância da qualidade oficial. O art. 27 do Estatuto de Roma prevê expressamente o princípio da irrelevância da qualidade oficial, uma vez que “a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena”. Tal princípio foi observado pelo Tribunal Penal Internacional para condenar o réu Jean Pierre Bemba pela acusação de ser o responsável pela prática de crimes contra a humanidade e crimes de guerra via seus subordinados. Assim, é de suma importância observarmos a principiologia que rege a persecução penal no TPI, que, embora inovadora, não é isenta de críticas.

4.3. Conexões com o Direito brasileiro

4.3.1. Caso Mensalão e aplicação da teoria do domínio do fato à brasileira. É importante pontuar a diferença entre a teoria do domínio da posição, prevista no art. 28 do Estatuto de Roma, e a teoria do domínio do fato. Nesta última, há de se demonstrar o elemento subjetivo dos agentes, além de se realizar uma diferenciação entre autores e partícipes e suas respectivas condutas para se imputar determinados fatos ao denominado “autor de escritório”, o que não ocorre na teoria do domínio da posição, na qual a simples posição de comando, por si só, já seria um motivo idôneo para se atribuir a autoria de determinados fatos. Parte da doutrina brasileira realiza uma severa crítica a aplicação da “teoria do

domínio do fato” na Ação Penal 470, popularmente conhecida como Caso Mensalão, já que o Supremo Tribunal Federal não fez uma análise pormenorizada dos atos cometidos pelo suposto autor de escritório e pelos demais agentes. Assim, para parte da doutrina, o Supremo Tribunal Federal teria condenado o ex-Ministro da Casa Civil, José Dirceu, com base na teoria do domínio da organização, e não com base na teoria do domínio do fato⁵²³.

5. Caso Ahamad Al-Faqi Al-Mahdi

Data do julgamento	27.09.2016
--------------------	------------

5.1. Resumo do caso

No dia 27 de setembro de 2016, o Tribunal Penal Internacional condenou um extremista do Mali acusado de destruir monumentos históricos e religiosos na lendária cidade de Timbuktu. Trata-se do sr. Almad Al-Faqi Al-Mahdi, membro de um grupo extremista vinculado à Al-Qaeda. O sr. Al Mahdi foi condenado a nove anos de prisão por ter cometido um crime de guerra, ao dolosamente destruir, no ano de 2012, nove mausoléus e a porta secreta da mesquita de Sidi Yahia, localizada em um sítio considerado patrimônio cultural da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) em Timbuktu, no Mali. Trata-se de um importante precedente proferido pelo Tribunal Penal Internacional para reafirmar a importância dos patrimônios da humanidade como um todo, e para as comunidades que os têm preservado ao longo do tempo.

5.2. Pontos importantes

5.2.1. Primeira condenação proferida pelo TPI fundada em crime de guerra pela destruição de patrimônio cultural. Trata-se de um precedente muito importante para a comunidade internacional, pois o TPI dá a sua contribuição para que se acabe com a impunidade da destruição de patrimônio cultural. Ainda sobre este ponto, lembramos que a INTERPOL também procura proteger e combater o tráfico e a destruição de bens culturais, emitindo, inclusive, um alerta de difusão branca (*white notice*) para localizar os bens culturais subtraídos de suas localidades.

5.2.2. Primeiro caso em que o TPI aplicou o procedimento para os casos de confissão, previsto no art. 65 do Estatuto de Roma. Outro ponto do *Caso Al Mahdi* que deve ser

⁵²³ Nesse sentido: “Há forte compreensão na doutrina segundo a qual a aplicação da teoria do domínio do fato – na modalidade domínio da organização – no julgamento da Ação Penal 470 (‘mensalão’) pelo STF, tal como concebida, não passou de uma paráfrase. Alias, convém ressaltar que uma responsabilidade fundada na mera posição de comando, que dispensa dolo, existe apenas no direito penal internacional, na chamada *command responsibility* (art. 28 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional), uma figura de duvidosa legitimidade e que nada tem a ver com o domínio da organização de Roxin” (MARÇAL, Vinicius; MASSOM, Cléber. *Crime organizado*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2016. p. 47). Para um aprofundamento sobre esta crítica, ver: GRECO, Luis et al. *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014).

considerado de suma importância é a utilização do procedimento para os casos de confissão previsto no art. 65 e seguintes do Estatuto de Roma. Em razão do caráter inédito da aplicação deste instituto, o TPI fez uma contextualização histórica daquele dispositivo do Estatuto de Roma. Nessa linha, houve divergência entre as partes acerca dos limites da confissão prevista no Estatuto de Roma, uma vez que o instituto possui roupagem e limites distintos em cada país. Por fim, outro dado interessante acerca do procedimento previsto no art. 65 do Estatuto de Roma é a possibilidade de negociação pelas partes da pena a ser imposta ao réu. No entanto, tais negociações não vincularão o Tribunal Penal Internacional, que poderá desconsiderá-las e prosseguir no julgamento (art. 65.5 do Estatuto de Roma).

5.3. Conexões com o Direito brasileiro

5.3.1. O Brasil ratificou e internalizou a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados. Com o Decreto de promulgação nº 3.166/1999, o Estado brasileiro deu mais um passo no combate ao tráfico de bens culturais. Tal tratado internacional disciplina a forma de restituição de bens culturais furtados e a forma de retorno de bens culturais exportados ilicitamente. Nessa linha, cumpre observar que o Brasil também ratificou e internalizou, por meio do Decreto 72.312/1973, a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação e Transporte e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais. Assim, é possível afirmar que o Brasil é um país que reprime internacionalmente o tráfico de bens culturais⁵²⁴.

6. Caso Omar Al Bashir “Caso Darfur”

Julgamento ainda pendente

6.1. Resumo do caso

O precedente versa sobre o conflito instaurado na região de Darfur, Sudão, em março de 2003, quando grupos de oposição ao governo central realizaram um ataque no aeroporto da localidade de El Fasher, como forma de exprimir suas insatisfações de natureza política, econômica e social. Em resposta, um mês após o ataque do grupo de oposição, o governo sudanês, liderado pelo Presidente Omar Al Bashir, com apoio da milícia janjaweed, bombardeou e atacou vilarejos, matando civis, estuprando mulheres e roubando bens e terras dos que lá estavam. A população civil afetada pertencia aos grupos étnicos Msalit, Fur e Zaghawa, os quais apoiavam o grupo de oposição ao governo do Sudão. Assim, quatrocentas vilas foram saqueadas e destruídas e aproximadamente trezentos mil civis foram mortos entre os anos de 2003 e 2005, incluindo mulheres e crianças. O conflito armado na região do Darfur também gerou dois milhões e meio de refugiados. O

⁵²⁴ Sobre o tema, ver: RAMOS, André de Carvalho. Arte, guerra e o direito internacional privado – Da espoliação nazista à Convenção Unidroit sobre a restituição de bens culturais. *Revista Jurídica Consulex*, v. 1, p. 54-56, 2015.

caso chegou ao Tribunal Penal Internacional após denúncia formulada pelo Conselho de Segurança da ONU e ainda está pendente de julgamento.

6.2. Pontos importantes

6.2.1. Primeiro litígio internacional que o Conselho de Segurança da ONU adjudicou e remeteu o feito ao Tribunal Penal Internacional. Uma das possibilidades de determinado caso chegar até a jurisdição do Tribunal Penal Internacional ocorre quando o Conselho de Segurança da ONU, por meio da edição de uma resolução vinculante, adjudica determinado conflito internacional que esteja ameaçando a paz ou a segurança internacional (pressupostos para atuação do CSONU), remetendo-o para o TPI (art. 13.b do Estatuto de Roma). Nessa situação, o Tribunal Penal Internacional não possuirá discricionariedade acerca da investigação e processamento do feito, sendo obrigado a analisar o conflito remetido pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. Nesse sentido, observa-se que o *Caso Omar Al Bashir*, popularmente conhecido como “*Caso Darfur*”, foi o primeiro conflito internacional remetido ao TPI pelo Conselho de Segurança da ONU. Trata-se, portanto, de um caso paradigmático e de suma importância para a comunidade internacional, embora ainda não tenha sido julgado pelo Tribunal de Haia⁵²⁵. Atualmente, o TPI já recebeu outra denúncia vinculante do Conselho de Segurança da ONU. Trata-se do *Caso Kadafi*, envolvendo crimes contra a humanidade no Estado da Líbia. No entanto, o TPI encerrou esse caso em razão do falecimento do ex-Presidente Muamar Kadafi.

6.3. Conexões com o Direito brasileiro

6.3.1. O Estado brasileiro recebeu um mandado de captura e detenção expedido pelo TPI referente ao *Caso Omar Al Bashir*. O Estado brasileiro recebeu um mandado internacional de entrega e detenção exarado pelo Tribunal Penal Internacional contra o presidente do Sudão, Omar Al Bashir, acusado da prática de genocídio na região de Darfur, Sudão. O mandado exarado pelo TPI objetiva que o governo brasileiro prenda e entregue o ex-presidente da República do Sudão, caso ele venha para o Brasil. Trata-se da Pet 4.625 recebida pelo Supremo Tribunal Federal. Tal situação retrata um pedido de cooperação jurídica internacional vertical, já que o TPI é um tribunal internacional de direitos humanos de terceira geração e exerce jurisdição perante os signatários do Estatuto de Roma, dentre eles, o Brasil.

⁵²⁵ Sobre tal peculiaridade, a lição de Priscila Liane Fett Faganello: “Em 2004, através da Resolução 1.564 do Conselho de Segurança (CS), a Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu uma Comissão Internacional de Inquérito para apurar as denúncias sobre violações dos direitos humanos na região de Darfur. Concluindo o trabalho, a Comissão enviou um relatório ao Conselho de Segurança, em janeiro de 2005, no qual alertava para a existência de evidências factuais de crimes de guerra e contra a humanidade na região. Por esse motivo, ao fim do relatório, a Comissão julgou pertinente sugerir ao Conselho de Segurança que levasse o caso ao TPI. Desse modo, com base nas conclusões do referido documento, o Secretário-Geral Kofi Annan, através da Resolução 1.593 de 31 de março de 2005, ofereceu denúncia ao Procurador do TPI” (FAGANELLO, Priscila Liane Fett. *Caso Omar Al Bashir: Um precedente que se abre no sistema jurídico brasileiro. Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Minas Gerais: Arraes Editores, 2015, p. 324-325).

6.3.2. Competência para receber e processar pedidos de entrega emitidos pelo Tribunal Penal Internacional. Ao receber o mandado internacional de entrega e detenção exarado pelo TPI contra o presidente do Sudão, instaurou-se na doutrina e na jurisprudência do STF uma controvérsia sobre qual seria o órgão jurisdicional competente para processar e julgar as ordens enviadas pelo Tribunal Penal Internacional. Ao se deparar com a Pet 4.625, embora o PGR tenha apresentado parecer pela incompetência do STF para analisar ordens de entrega e detenção exaradas pelo TPI, o Supremo reconheceu sua competência para tanto⁵²⁶.

⁵²⁶ No entanto, parte da doutrina discorda do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que a competência do art. 102, I, da Constituição Federal de 1988 é taxativa. Nesse sentido, a lição de André de Carvalho Ramos: "A competência para o conhecimento do pedido cooperacional do TPI é, com a devida vênia, da Justiça Federal. De fato, a própria Constituição estabelece que compete aos juízes federais processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, o que vem justamente a ser o caso. O Supremo Tribunal Federal, portanto, não tem competência constitucional para aprovar a execução interna de qualquer das decisões do Tribunal Penal Internacional. Com isso, quando a decisão do Tribunal Penal Internacional exigir a intervenção do Poder Judiciário (como ocorre no caso da ordem de prisão para posterior entrega), o juiz das liberdades, que pode ser provocado em todos os casos, é o juiz federal de primeiro grau" (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos...*, p. 315).

CAPÍTULO 11

**Decisões de outros tribunais
penais internacionais**

CAPÍTULO 11

DECISÕES DE OUTROS TRIBUNAIS
PENAIIS INTERNACIONAIS

Nota explicativa sobre os demais tribunais penais internacionais

Conforme já apontamos na nota explicativa do capítulo anterior, a história dos tribunais penais internacionais se desenvolveu em *gerações*. Neste capítulo trazemos o resumo e os principais pontos de duas decisões, ambas proferidas por tribunais penais internacionais *ad hoc*, criados após o fato. A primeira decisão foi proferida pelo Tribunal Especial para Serra Leoa, classificado como um tribunal internacional *híbrido* devido ao fato de a sua criação – por resolução do Conselho de Segurança da ONU – decorrer de um diálogo entre o governo local e a Organização das Nações Unidas. E a segunda decisão foi proferida pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, criado diretamente pelo Conselho de Segurança da ONU, sem o diálogo prévio com o governo local.

1. Caso Charles Taylor (Caso Diamantes de Sangue)

Órgão julgador	Tribunal Especial para Serra Leoa
Data do julgamento	30.03.2012

1.1. Resumo do caso

No final da década de 1980, Charles Taylor era a principal liderança de uma milícia armada e deu início à guerra civil na Libéria, que somente cessou após a realização de um tratado de paz no ano de 1995. Passados dois anos, Charles Taylor foi eleito presidente da Libéria e seu governo durou seis anos, até a tomada do país por rebeldes, que o forçaram a se exilar na Nigéria. Durante o período em que esteve no poder, diversas foram as acusações imputadas ao ex-presidente da Libéria. No total, são onze acusações por crimes de guerra e crimes contra a humanidade, que incluem aterrorizar civis, estupro, escravidão sexual e recrutamento de crianças para servir na guerra civil. Essas acusações estão relacionadas a um possível poder de influência de Taylor na guerra civil na nação vizinha de Serra Leoa, onde foi acusado de apoiar rebeldes responsabilizados por massacres em massa contra a população serra-leonense. O ex-presidente liberiano foi acusado de vender diamantes e comprar armas para a Frente Revolucionária Unida de Serra Leoa – FARS. Na época, a FARS era o principal grupo revolucionário violador de direitos humanos no continente africano e seus membros eram conhecidos por amputar as mãos e pernas dos civis durante a revolução. Tendo em vista seu apoio a esse grupo, Taylor foi acusado de fomentar o caos e a morte de milhares de pessoas nos conflitos interligados entre Serra Leoa e Libéria.

No dia 30 de maio de 2012, o Tribunal Especial para Serra Leoa, órgão criado pelo governo local em acordo com a Organização das Nações Unidas, condenou Charles Taylor a 50 anos de prisão por crimes de guerra e contra a humanidade cometidos na

Libéria e também no território de Serra Leoa. A pena atribuída pelo TESL é inferior aos 80 anos pugnados em juízo pela acusação. A Corte Especial de Serra Leoa entendeu que o ex-presidente da Libéria utilizou de sua influência como Chefe de Estado e membro da Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental para ajudar a estimular a prática de crimes em Serra Leoa. A exploração financeira do conflito, a brutalidade com que os crimes foram cometidos e a extraterritorialidade dos atos foram consideradas como agravantes da pena. O fato de o apoio bélico de Taylor aos rebeldes ter ocasionado o prolongamento dos conflitos em Serra Leoa também foi levado em consideração na condenação.

1.2. Pontos importantes

1.2.1. Condenação proferida por um Tribunal internacional híbrido. Os Tribunais internacionais híbridos são aqueles cuja formação é solicitada pelo governo do Estado onde os crimes foram perpetrados. O Tribunal Especial para Serra Leoa se formou após a realização de um acordo entre o governo local e a Organização das Nações Unidas (ONU). Nestes tribunais, há juízes do Estado requerente e também juízes internacionais, aplicando-se tanto o direito interno quanto o direito internacional. São exemplos de Tribunais Internacionais híbridos: o Tribunal Especial de Serra Leoa, as Câmaras Extraordinárias dos Tribunais no Camboja e o Tribunal Especial para o Líbano. Charles Taylor foi o primeiro ex-chefe de Estado condenado por um tribunal internacional desde a Segunda Guerra Mundial. É uma condenação histórica que gerou importante precedente para combater as massivas violações de direitos humanos no continente africano. Um dado curioso sobre tal precedente consiste no fato de que o ex-Presidente Charles Taylor foi condenado por crime de guerra e crimes contra a humanidade em Serra Leoa mesmo sem jamais ter pisado em solo serra-leonense. Os crimes de guerra e crimes contra a humanidade afetam valores essenciais de toda comunidade internacional. Por fim, lembramos ao leitor que os tribunais híbridos também são chamados de “tribunais internacionalizados”⁵²⁷.

1.2.2. “Desaforamento internacional”. O julgamento do ex-Presidente da Libéria aconteceu na Holanda por motivos de segurança, já que Taylor era dotado de grande influência no continente africano. Temia-se que, se o Tribunal Internacional de Serra Leoa fosse instalado na própria região, a imparcialidade do julgamento restasse comprometida. Ressalta-se que, embora a Corte Especial para Serra Leoa tenha sido instaurada em Haia, na Holanda, o estado holandês não aceitou que Taylor cumprisse pena em seu território. Assim, atualmente, o ex-Presidente cumpre pena na Grã-Bretanha.

1.2.3. Não obrigatoriedade dos membros da ONU de cooperar com o Tribunal Especial para Serra Leoa. O Tribunal Especial para Serra Leoa não foi estabelecido por resolução do Conselho de Segurança, e sim por um acordo entre a ONU e o governo de Serra Leoa.

⁵²⁷ Ainda sobre a criação do Tribunal Especial para Serra Leoa, a lição de André de Carvalho Ramos: “O Tribunal Especial para a Serra Leoa foi estabelecido a pedido do governo do país, com base na Resolução n. 1315 do Conselho de Segurança, de 14 de agosto de 2000, sendo instalado em 2002. Sua sede é Freetown (capital de Serra Leoa) e conta com o apoio logístico do TPI. Há juízes nacionais e internacionais, e os acusados são julgados pela prática de crimes de jus cogens (crimes contra a humanidade e crimes de guerra) e ainda por crimes comuns pelo direito local” (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos...*, p. 318).

Assim, o formato de instauração do Tribunal Internacional para Serra Leoa desobriga os membros da ONU a qualquer ato cooperacional com o TESL. No entanto, é possível a negociação de acordos bilaterais visando o cumprimento de suas decisões. Destacamos, ainda, que o Tribunal Especial para Serra Leoa finalizou seus trabalhos formalmente no ano de 2013, tendo sido criada, porém, uma Corte Especial Residual para Serra Leoa por meio de um acordo entre a Organização das Nações Unidas (ONU) e o governo local, com o intuito de dar cumprimento às obrigações determinadas pelo TESL, como supervisionar a execução das sentenças impostas pelo TESL, conservar os arquivos do Tribunal e garantir a proteção das testemunhas que atuaram sob essa condição nos processos da extinta corte híbrida em Serra Leoa.

2. Caso Dusko Tadic

Órgão julgador	Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
Data do julgamento	14.07.1997

2.1. Resumo do caso

Em abril de 1992, a Sérvia realizou diversos ataques contra a Bósnia-Herzegovina, com o objetivo de fazer uma limpeza étnica no território bósnio, isto é, expulsar da região ou mesmo eliminar qualquer indivíduo que não fosse da etnia sérvia. As principais regiões afetadas pelos ataques foram Prijedor e Kazarac e os principais alvos foram muçulmanos, imigrantes, croatas e judeus que viviam nas regiões. O sr. Dusko Tadic, agente de polícia, foi um dos principais responsáveis por essa operação. Além de coordenar um massacre de indivíduos não sérvios (em sua grande maioria, muçulmanos), Tadic e seus pares, motivados por xenofobia, ordenaram a transferência de alguns indivíduos para campos de concentração remanescentes da Segunda Guerra Mundial e situados em cidades próximas, como Omarska, Keraterm e Trnopolje. Nesses campos de concentração, as vítimas foram submetidas a todo tipo de tratamento desumano e degradante, como a permanência em locais fechados sem água, comida e luz; agressões; estupros; e diversas formas de tortura física e psicológica.

Em razão dos fatos ocorridos, o caso chegou ao Tribunal Internacional Penal para a ex-Iugoslávia, e o senhor Dusko Tadic foi acusado de: a) ter violado a Convenção de Genebra de 1949, em razão da prática de tortura (art. 2º, alínea “b”, do Estatuto do TPII) e das inúmeras mortes decorrentes de suas ordens (art. 2º, alínea “a”, do Estatuto do TPII); b) ter violado os costumes de guerra (art. 3º do Estatuto do TPII); c) ter praticado crimes contra a humanidade, em razão dos estupros ocorridos nos campos de concentração (art. 5º, alínea “g”, do Estatuto do TPII), pela perseguição política, racial e religiosa (art. 5º, alínea “h”, do Estatuto do TPII) e pela prática de outros atos desumanos (art. 5º, alínea “i”, do Estatuto do TPII). O acusado alegou a incompetência do TPII para julgar o feito, bem como a ilegitimidade da resolução do Conselho de Segurança da ONU que havia conferido competência para que o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia julgasse o caso. Após a primeira instância tratar tais questões como “de cunho político”, a Câmara de Apelação do TPII não acolheu as teses da defesa.

Assim, em 1997, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia julgou e condenou Dusko Tadic a vinte anos de detenção pela prática de crimes contra a humanidade, graves violações das Convenções de Genebra e violações dos costumes de guerra. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia reconheceu que Tadic violentou e matou muçulmanos, croatas e outros indivíduos que não eram sérvios na região de Prijedor, no nordeste da Bósnia. Foi reconhecida a possibilidade de configuração de crimes contra a humanidade independentemente de estes estarem em conexão com crimes de guerra. Nesse sentido, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e sua Câmara de Apelação superaram o entendimento sedimentado pelo Tribunal de Nuremberg, que limitava o julgamento dos crimes contra a humanidade a situações em que esses delitos se encontravam em conexão com crimes de guerra.

2.2. Pontos importantes

2.2.1. Breve síntese sobre a criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia foi criado nos anos 1990, após uma determinação do Conselho de Segurança da ONU, para que se processassem e julgassem os responsáveis pelas violações de regras do direito internacional humanitário no território da ex-Iugoslávia. Assim como o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (criado na mesma época), é um tribunal internacional de segunda geração. Importante ressaltar que, durante seu período de funcionamento, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia deve processar e julgar apenas os fatos ocorridos no território da ex-Iugoslávia desde 1993 até o início dos anos 2000, não podendo formalizar novas acusações, com exceção dos crimes que venham a interferir em sua administração⁵²⁸.

2.2.2. Primeiro caso a ser julgado no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. O *Caso Dusko Tadic* foi o primeiro a ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Sem sombra de dúvida, o *Caso Tadic* é o precedente mais importante deste tribunal de segunda geração e também o mais abordado em provas de concurso. Além do *Caso Tadic*, diversos outros foram julgados pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, como, por exemplo, os casos *Prosecutor vs. Krstic*, *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *Prosecutor vs. Kupreskic et al*, *Prosecutor vs. Blaskic*, *Prosecutor vs. Kumarac*, entre outros.

2.2.3. Obrigatoriedade dos membros da ONU de cooperar com o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Ao contrário do Tribunal Especial para Serra Leoa, que foi criado por um acordo entre a Organização das Nações Unidas e o

⁵²⁸ Sobre a origem do TPII, explica André de Carvalho Ramos: “Nos anos 90 do século passado, o Conselho de Segurança da ONU determinou a criação de dois tribunais penais ad hoc e temporários. De início, foi criado, em 8 de maio de 1993, pela Resolução n. 827, o Tribunal Penal Internacional para os crimes contra o Direito Humanitário cometidos na ex-Iugoslávia, com o objetivo de processar os responsáveis pelas sérias violações ao direito internacional cometidas no território da antiga Iugoslávia. O Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII, com sede em Haia) fixou sua competência para julgar quatro categorias de crimes, a saber: graves violações às Convenções de Genebra de 1949; violações às leis e costumes de guerra; crimes contra a humanidade e genocídio” (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos...*, 2013, p. 135-136).

governo local, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia surgiu após uma determinação do Conselho de Segurança da ONU, órgão encarregado de resguardar a paz e a segurança internacional. É importante saber que as resoluções editadas pelo Conselho de Segurança da ONU possuem caráter vinculante e obrigam os membros da Organização das Nações Unidas a segui-las. Assim, o formato de instauração do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia obriga os países-membros da ONU a cooperar com as ordens exaradas pelo TPII, conforme o art. 25 da Carta da ONU.

2.2.4. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia é regido pelo princípio da primazia. Ao contrário do Tribunal Penal Internacional, que é regido pelo princípio da complementaridade, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia é regido pelo princípio da primazia, em razão de ter sido criado pelo Conselho de Segurança da ONU. O art. 9º do Estatuto do TPII define que o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia possui primazia sobre a jurisdição nacional. Essa primazia não confere ao TPII exclusividade na apreciação da demanda, mas este pode impor que os tribunais domésticos renunciem sua competência. Assim, o princípio da primazia, que também opera na atuação do Tribunal Internacional de Ruanda, atua de maneira diametralmente oposta ao princípio da complementaridade⁵²⁹.

2.2.5. Codificação dos elementos de crimes internacionais associados ao devido processo legal e ao direito de defesa. Os Tribunais Penais Internacionais de segunda geração (TPII e TPIR) foram de suma importância para a codificação dos elementos de crimes internacionais e sua associação com o devido processo legal e com os direitos de defesa. Do mesmo modo, a criação desses dois tribunais (para a ex-Iugoslávia e para Ruanda) acelerou os esforços da ONU para a criação de um Tribunal Penal Internacional permanente, eis que a comunidade internacional não estava satisfeita com a criação de tribunais *ad hoc*, pois muitos criticavam esses órgãos julgadores chamando-os de tribunais de exceção e comparando-os com os tribunais de primeira geração (o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal Internacional Militar de Tóquio).

2.2.6. Desnecessidade do *war nexus* para caracterização de crime contra a humanidade. No *Caso Tadic*, a Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia reconheceu a possibilidade de existirem crimes contra a humanidade

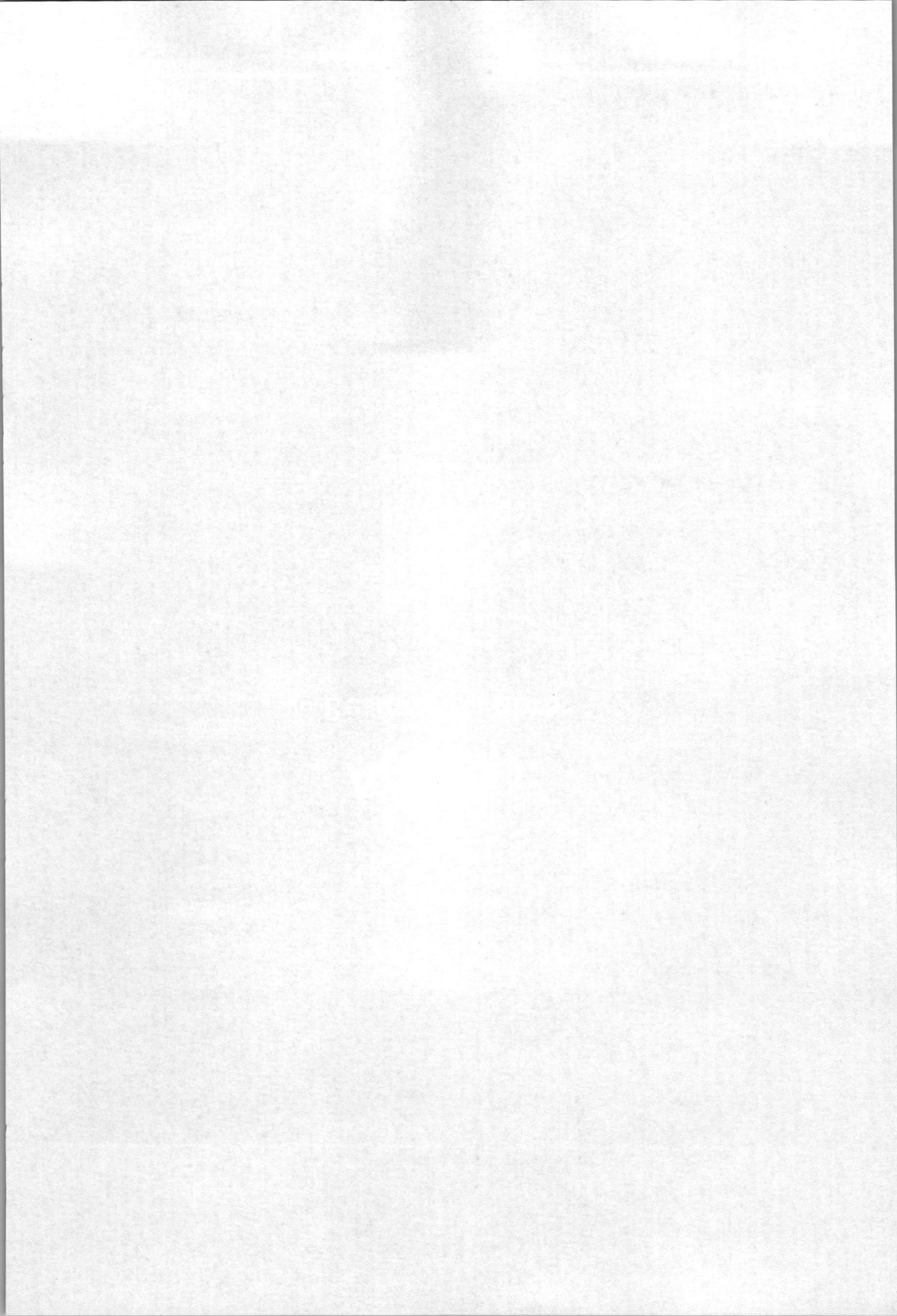
⁵²⁹ Sobre o princípio da primazia, a lição de Jean Paul Bezelaire e Thierry Cretin: “A primazia decorre diretamente do fato de que os dois TPIs foram criados pelo Conselho de Segurança, atuando com base no Capítulo VII da Carta da ONU. Os artigos 9º do Estatuto do TPII e 8º do Estatuto do TPIR colocam o princípio de que as jurisdições nacionais e os tribunais referidos são concorrentemente competentes para julgar as pessoas passíveis de serem incriminadas por violação do direito humanitário. Mas eles acrescentam que o ‘Tribunal Internacional tem primazia sobre as jurisdições nacionais’. Ou mais claramente, o TPII não tem exclusividade, mas ele pode impor às instituições judiciárias nacionais em questão a renúncia a seu favor. A primazia parece melhor adaptada para garantir a imparcialidade, que é uma condição indissociável da ideia de justiça” (BEZELAIRE, Jean Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. São Paulo: Manole, 2003. p. 95-96). Ainda nesse sentido, José Cretella Neto ressalta que “O TPI-ex-I tem competência concorrente com a de tribunais nacionais para processar acusados de sérias violações de Direito Internacional Humanitário cometidas no território da antiga Iugoslávia. Contudo, pode alegar primazia em relação a tribunais internacionais e assumir investigações e procedimentos locais em qualquer fase, se isso se mostrar de interesse da justiça internacional” (CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal...*, p. 167).

sem que fosse necessária uma situação de guerra (*war nexus*) para a caracterização desses delitos⁵³⁰.

⁵³⁰ Nessa linha de raciocínio, esclarece André de Carvalho Ramos: "(...) como se viu no Caso *Tadic*, no qual a Câmara de Apelação do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia reconheceu que o direito internacional consuetudinário penal, após 1946, retirou do conceito de crime contra a humanidade a exigência do vínculo com a situação de guerra. Assim, após Nuremberg, a prática dos Estados reconheceu a existência de crimes contra a humanidade em casos de ditaduras militares e assemelhadas" (RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos...*, 2013, p. 301).

Anexo 1:

Resumo da obra



ANEXO – RESUMO

CAPÍTULO 1

Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

1. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras

- Inauguração da jurisdição contenciosa da Corte IDH na década de 1980 com três casos sobre desaparecimento forçado, todos contra Honduras. Assim, pode-se dizer que o primeiro *ciclo* de casos julgados pela Corte IDH teve como matéria o desaparecimento forçado de pessoas, tratando-se do *ciclo hondurenho* na jurisdição contenciosa da Corte.
- O desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla e continuada de inúmeros direitos reconhecidos na CADH.
- Ônus da prova no processo internacional de violação de direitos humanos perante a Corte IDH: a) Regra – compete à parte demandante (CIDH e vítima ou seus familiares); b) Exceção regulamentar – prevista no art. 41.3 do Regulamento da Corte IDH e diz respeito aos fatos que não tenham sido expressamente negados ou controvertidos pelo Estado; c) Exceção jurisprudencial – o ônus é invertido e transferido para o Estado quando os meios de prova estiverem à sua disposição; d) Carga dinâmica da prova – a possibilidade de transferir o ônus probatório para o Estado leva a doutrina a identificar aqui uma hipótese de *carga dinâmica da prova* na Corte IDH.
- Para evitar a impunidade do crime de desaparecimento forçado, a Corte IDH admite provas indiciárias, circunstanciais ou por presunção.
- A realização da audiência de custódia se mostra muito importante para prevenir os casos de desaparecimento forçado.

2. Caso Loayza Tamayo vs. Peru

- O *habeas corpus* não pode ser suspenso porque constitui uma garantia judicial indispensável para a proteção dos direitos e liberdades protegidos pela CADH.
- A proibição do *bis in idem* encontrada na CADH é mais ampla e mais benéfica ao acusado que a fórmula prevista em outros tratados internacionais de direitos humanos.
- O art. 8.4 da CADH, ao dispor sobre a proibição do *bis in idem*, veda apenas que a pessoa absolvida em processo criminal seja novamente submetida a processo criminal pelos mesmos fatos, não impedindo, porém, que os mesmos fatos gerem um processo cível ou administrativo.
- A Corte IDH mudou de entendimento e passou a considerar as recomendações da CIDH como vinculantes para os Estados, ressaltando, porém, que isso se aplica somente ao relatório de mérito definitivo.
- Primeira vez que a Corte IDH reconhece o dano ao projeto de vida, sem, contudo, quantificá-lo, o que somente viria a ocorrer em 2001, no julgamento do *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*.

- O projeto de vida já apareceu algumas vezes na jurisprudência dos tribunais superiores do Brasil, como por exemplo em decisões do STF e do STJ sobre o reconhecimento e a proteção jurídica das uniões homoafetivas.

3. Caso Blake vs. Guatemala

- Tratando-se da competência *ratione temporis*, a CADH adotou o princípio da irretroatividade, de modo que os Estados somente podem ser demandados por violações de direitos humanos ocorridas após a aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH.
- Considerada a natureza contínua ou permanente do desaparecimento forçado, a Corte IDH excepciona o princípio da irretroatividade para admitir que o Estado possa ser demandado não pelo desaparecimento em si, mas pela ausência de investigação e punição dos responsáveis quando a vítima não é encontrada após o reconhecimento da jurisdição contenciosa.
- Critica-se o entendimento da Corte no *Caso Blake* pelo fato de ter desintegrado o crime de desaparecimento forçado para fins de definição da sua competência, pois prestigiou o evento *morte* quando deveria prestigiar o evento *descobrimento do paradeiro da vítima*.
- Os familiares da vítima também são considerados vítimas do desaparecimento forçado.

4. Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru

- O crime de traição à pátria pode ser praticado por estrangeiro e esta tipificação não viola o direito à nacionalidade.
- No Direito brasileiro, o crime de traição à pátria se encontra no Código Penal Militar nas modalidades *próprio* (praticado por nacional) e *impróprio* (praticado por estrangeiro).
- Embora o princípio da máxima taxatividade legal não esteja expressamente previsto no art. 9º da CADH, a Corte IDH admite sua violação quando a lei penal incriminadora não seja clara e taxativa na descrição do tipo penal.
- Primeiro precedente da Corte IDH sobre o entendimento predominante no sistema interamericano a respeito da impossibilidade de a Justiça Militar julgar civis.
- Cançado Trindade utilizou a expressão *desnacionalização da proteção internacional dos direitos humanos* para explicar que a nacionalidade não é um requisito para demandar internacionalmente contra o Estado, sendo o bastante que o indivíduo se encontra sob a jurisdição daquele.
- Prevalece na jurisprudência do STF o entendimento pela constitucionalidade do julgamento de civil em tempo de paz pela Justiça Militar.
- A Lei 13.774/2018 concretizou uma proposta intermediária: conservou a competência da Justiça Militar da União para julgar civis, mas a conferiu ao juiz federal auditor em primeira instância, retirando-a, portanto, dos órgãos colegiados compostos por juizes militares (presididos pelo juiz civil). Esta proposta intermediária também se revela inconveniente, seja porque o juiz civil auditor atua no contexto da justiça

castrense – observando as normas penais militares –, seja porque, em segunda instância, o civil será julgado pelo STM, composto majoritariamente por militares.

5. Caso dos Meninos de Rua (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala

- A privação arbitrária da vida não se limita ao ilícito do homicídio, estendendo-se à privação do direito de viver com dignidade.
- A audiência de custódia se aplica no âmbito da prisão de adolescentes.

6. Caso Durand e Ugarte vs. Peru

- A Corte IDH entendeu que o Peru abusou do uso da força para controlar uma rebelião, privando arbitrariamente a vida de pessoas presas em estabelecimento prisional.
- A Justiça Militar é incompetente para julgar militar por homicídio contra civil.
- A Lei 13.491/2017 alterou o Código Penal Militar e, embora tenha mantido a competência do Tribunal do Júri para julgar crimes contra a vida praticados contra civil, estabeleceu algumas exceções. Consideramos a alteração inconveniente, pois a jurisprudência da Corte IDH é no sentido da delimitação da competência da Justiça Militar para julgar apenas militares por crimes funcionais (isto é, que atentam contra bens jurídicos próprios da ordem militar).

7. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala

- Regimes similares ao RDD brasileiro violam a CADH, uma vez que o indivíduo é tratado de forma desumana e degradante.
- O crime de desaparecimento forçado é um delito de “terceiro nível”, pois a sua prática atinge a pessoa desaparecida, seus familiares e a sociedade como um todo.

8. Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru

- A aceitação da competência contenciosa da Corte IDH é irrevogável, tratando-se, portanto, de uma cláusula pétrea. Para que o Estado se desvincule da jurisdição contenciosa, deve denunciar a CADH como um todo.
- A Corte IDH enfrentou pela primeira vez a questão relativa ao *juízo político* exercido pelo Poder Legislativo e a relação deste com os demais poderes. O processo de responsabilidade política de competência do Poder Legislativo é denominado de *impeachment*.
- O art. 8º da CADH não se aplica somente aos processos de natureza penal, mas também ao processo de responsabilidade política. A pessoa que estiver sujeita a um julgamento pelo Poder Legislativo conserva o seu direito a ser julgada por um órgão competente, independente e imparcial. O STF diverge deste entendimento da Corte IDH e não exige imparcialidade dos congressistas no processo de *impeachment*.

9. Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá

- As sanções administrativas também representam o poder punitivo do Estado,

atraindo, portanto, a aplicação dos princípios da legalidade e da irretroatividade da norma punitiva.

- O art. 8º da CADH (garantias mínimas) se aplica não somente a processos criminais, mas também ao processo administrativo.
- Primeira vez que a Corte IDH se manifestou sobre o direito à liberdade de associação.

10. Caso “A última tentativa de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile

- Trata-se do principal precedente envolvendo o direito à liberdade de expressão na jurisprudência da Corte IDH.
- Normas constitucionais originárias podem ser objeto de controle de convencionalidade.
- O direito à liberdade de expressão possui uma dupla dimensão, abrangendo não apenas o direito e a liberdade de se expressar (dimensão individual), mas também a liberdade de buscar e disseminar informações (dimensão social).

11. Caso Ivcher Bronstein vs. Peru

- A aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH é irrevogável, tratando-se, portanto, de uma cláusula pétrea. Para que o Estado se desvincule da jurisdição contenciosa da Corte, deve denunciar a CADH como um todo.
- Os Estados não possuem discricionariedade ilimitada para dispor sobre o direito à nacionalidade.
- O art. 8º da CADH se aplica ao processo administrativo de cancelamento de naturalidade.
- Primeiro caso da Corte IDH sobre violação indireta à liberdade de expressão.

12. Caso Barrios Altos vs. Peru

- As leis de autoanistia são incompatíveis com a CADH.
- Em *obiter dictum*, considerou-se também as disposições sobre prescrição incompatíveis com a CADH quando resultem em impunidade graves violações de direitos humanos.

13. Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingi vs. Nicarágua

- Primeiro caso da Corte IDH envolvendo a relação entre as comunidades tradicionais e a propriedade de suas terras.
- O conceito de propriedade previsto no art. 21 da CADH abrange a propriedade comunal dos povos indígenas.
- Os tratados internacionais de direitos humanos devem ser interpretados à luz da jurisprudência internacional.

14. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago

- O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como objetivo a abolição universal da pena de morte.

- O Brasil se encontra na segunda fase da regulação jurídica internacional da pena de morte, admitindo-a apenas excepcionalmente.
- A pena de morte obrigatória, sem considerar as particularidades do caso concreto, é incompatível com a CADH.
- Caracteriza privação arbitrária da vida aplicar a pena de morte para crimes que não sejam muito graves.
- O “corredor da morte” consiste em tratamento cruel, desumano e degradante, violando, portanto, o direito à integridade pessoal.
- Os Estados devem garantir um procedimento em seus ordenamentos que viabilize o exercício efetivo do direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena.

15. Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru

- Primeiro caso da Corte IDH em matéria previdenciária.
- Os direitos econômicos, sociais e culturais possuem uma dimensão coletiva, uma vez que são de titularidade de toda a coletividade.
- A Corte IDH estabeleceu dois parâmetros para que um ato estatal que vise reduzir um benefício previdenciário de terminado segurado possa ser tido como convencional: a) realização de um procedimento administrativo com pleno respeito às garantias adequadas; e b) respeitar as determinações que adotarem os tribunais em sobreposição às decisões da administração.

16. Caso Bulacio vs. Argentina

- A conduta processual do acusado tem relevância sobre o prazo máximo de duração do processo.
- Crimes que implicam em violação de direitos humanos devem ser imprescritíveis.
- O Estado tem o dever de mitigar o impacto da prisão de menores de idade na medida do possível.
- As autoridades não devem apenas notificar o adolescente sobre o direito de estabelecer contato com um familiar, mas também adotar as providências para que efetivamente se viabilize aquele contato.
- Menores de idade, quando privados de liberdade, devem ficar separados dos presos adultos.
- As detenções coletivas de menores de idade para averiguações de identidade e por suspeita de contravenções são incompatíveis com os direitos humanos à presunção de inocência, à exigência de ordem legal para prender – salvo hipótese de flagrância – e à obrigação de notificar os encarregados dos menores de idade.

17. Caso Chacina Plan de Sánchez vs. Guatemala

- A tradução da sentença para o dialeto indígena é uma forma simbólica de reparação.
- A falta de um processo e de uma investigação pode servir como causa a ser levada em consideração no momento de fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais.

- A prescrição e as leis de anistia não podem ser invocadas como excludentes de responsabilidade nos casos que envolvem graves violações de direitos humanos.
- Foi a primeira vez que a Corte IDH julgou um genocídio com tamanha dimensão.

18. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica

- Não se pode exigir o ajuizamento de ações de inconstitucionalidade para satisfazer o requisito do esgotamento dos recursos internos para apresentar uma denúncia na CIDH.
- Os meios de comunicação têm uma função social como veículos para o exercício da dimensão social da liberdade de expressão numa sociedade democrática.
- O art. 13.2 da CADH prevê as hipóteses de restrição do direito à liberdade de expressão.
- Para designar o movimento contrário ao princípio da intervenção mínima, o juiz García Ramírez utilizou a expressão “Governar com o Código Penal na mão”.

19. Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai

- O Estado se encontra numa posição especial de garante em relação às pessoas privadas de liberdade, devendo assumir essa posição com maior cuidado e responsabilidade quando se tratar de menores de idade, quando deve adotar medidas especiais orientadas pelo princípio do interesse superior da criança.
- Adolescentes privados de liberdade têm direito à educação e o Estado deve garantir o seu exercício.
- A simples ameaça de tortura já configura tratamento desumano.
- O art. 8º da CADH (garantias processuais) se aplica aos adolescentes, exigindo do Estado que crie tribunais e procedimentos especiais.
- A privação de liberdade de menores de idade deve ser excepcional, já que a regra deve ser a fixação de medidas substitutivas.

20. Caso Tibi vs. Equador

- A prisão preventiva tem um caráter excepcional e se guia pelos princípios da legalidade, da presunção de inocência, da necessidade e da proporcionalidade.
- No momento da privação de liberdade, antes que o réu dê sua primeira declaração diante da autoridade, ele deve ser notificado do seu direito de estabelecer contato com uma terceira pessoa, que pode ser um familiar, um advogado ou um funcionário consular.
- A tortura é absolutamente proibida.
- O juiz García Ramírez denominou de “guantanamoização do processo penal” o movimento de autoritarismo e de arbitrariedade que propõe a derrogação ou a suspensão de direitos e garantias no contexto da luta contra crimes graves.
- Uma das violações à CADH reconhecidas pela Corte IDH foi a não realização da audiência de custódia.

21. Caso De La Cruz Flores vs. Peru

- Os Estados não podem penalizar o ato médico do profissional da medicina que atende e presta seus serviços a pessoas integrantes de grupos subversivos ou terroristas. Aplica-se aqui, inclusive, a teoria da tipicidade conglobante, pois o Estado fomenta e até ordena o exercício da medicina.

22. Caso Huilca Tecse vs. Peru

- O assassinato de um líder sindical pode caracterizar não apenas uma violação do direito à vida da vítima, mas também uma violação do direito à liberdade de associação.

23. Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago

- O Direito Internacional dos Direitos Humanos considera as penas corporais uma forma de tortura e de tratamento desumano, cruel e degradante, podendo-se afirmar que a vedação destas penas faz parte do *corpus juris* internacional da proteção dos direitos humanos, tratando-se, ainda, de uma obrigação *erga omnes*.
- A CADH adotou a teoria da prevenção especial positiva da pena (art. 5.6).

24. Caso Comunidade Moiwana vs. Suriname

- Cançado Trindade propôs em seu voto uma nova categoria de dano: o dano espiritual, entendido como uma forma agravada do dano moral e que se relaciona com o interior do indivíduo, com suas crenças e suas relações com os mortos.
- A jurisprudência da Corte IDH sobre povos indígenas se aplica a outras comunidades étnicas.

25. Caso Comunidade Indígena Yakie Axa vs. Paraguai

- Nos casos envolvendo comunidades indígenas, a CADH deve ser interpretada à luz dos costumes indígenas.
- O conceito de propriedade previsto no art. 21 da CADH abrange a propriedade comunal indígena.
- O direito à identidade pessoal não compreende unicamente conceitos biológicos, incluindo também aspectos variados como o patrimônio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profissional, social e familiar.

26. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala

- Pessoa física pode atuar como *amicus curiae* perante a Corte IDH.
- Primeiro caso da Corte IDH sobre o princípio da correlação ou da congruência entre a acusação e a sentença.
- O juízo de periculosidade resgata a ideia de Direito Penal do autor, sendo, portanto, incompatível com a CADH. A partir deste entendimento, defende-se a inconveniência do instituto da reincidência.

27. Caso Yatama vs. Nicarágua

- Primeiro caso julgado pela Corte IDH envolvendo matéria eleitoral.
- A Corte IDH se manifestou pela primeira vez acerca do sentido e do alcance do direito à igualdade e à não discriminação.
- A Corte IDH considerou que uma alteração na legislação eleitoral da Nicarágua acarretou impacto desproporcional aos membros de uma comunidade indígena que costumavam disputar eleições.

28. Caso Acosta Calderón vs. Equador

- A condenação pelo crime de tráfico de drogas sem a apreensão e submissão da substância a perícia viola a presunção de inocência.
- A prisão preventiva é uma medida cautelar, e não punitiva, devendo ser aplicada somente em casos excepcionais.
- O simples conhecimento por parte do juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz a garantia da audiência de custódia.
- Um membro do Ministério Público não pode ser considerado autoridade judicial para os fins da audiência de custódia.
- O interrogatório realizado na fase investigatória deve contar com a presença da defesa técnica.

29. Caso das Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana

- Os Estados não possuem discricionariedade ilimitada para definir quem é nacional.
- Os Estados têm a obrigação de evitar a apatridia.
- O direito ao nome constitui um elemento básico e indispensável da identidade de cada pessoa.

30. Caso Raxcacó vs. Guatemala

- “Crime mais grave”, para que seja admitida a aplicação da pena de morte, deve envolver a perda de seres humanos. O crime de sequestro seguido da morte de uma vítima não se encaixa na categoria de “crime mais grave”.
- A pena de morte obrigatória, que desconsidera as circunstâncias do caso concreto, viola a CADH.
- A vedação da pena de morte ainda não integra a categoria do *jus cogens*.

31. Caso Palamara Iribarne vs. Chile

- Enquanto a CIDH se opõe de forma absoluta à criminalização da expressão que ofende, insulta ou ameaça um funcionário público no exercício de suas atribuições oficiais – seja qual for o tipo penal (desacato, difamação, injúria ou calúnia) – por consistir uma censura indireta à liberdade de expressão, a Corte IDH não chega – pelo menos ainda – a estabelecer claramente a inconveniência desta crimi-

nalização, compreendendo que ela haverá somente quando os tipos penais mencionados forem utilizados para cercear a liberdade de expressão da forma como esse direito é concebido no sistema interamericano, isto é, um direito humano que admite relativização.

- A jurisprudência atual do STF e do STJ é no sentido da constitucionalidade e da convencionalidade do crime de desacato.
- A proteção da propriedade privada pela CADH (art. 21.1) abrange não somente os bens materiais, mas também a propriedade intelectual.
- A Justiça Militar é incompetente para julgar civis, ainda que estes estejam prestando algum tipo de serviço de caráter transitório para as Forças Armadas.

32. Caso Gómez Palomino vs. Peru

- A Corte IDH definiu os três elementos estruturantes do crime de desaparecimento forçado: a) privação da liberdade; b) intervenção direta de agentes estatais ou a aquiescência destes; e c) negativa de reconhecer a detenção e de revelar o fim ou o paradeiro da pessoa desaparecida.
- Não se exige características ou condições especiais para enquadrar determinada pessoa como vítima do crime de desaparecimento forçado.
- O crime de desaparecimento forçado pode ser praticado por agentes do Estado ou por pessoas ou grupo de pessoas que atuem com a sua autorização, apoio ou aquiescência.
- É inconveniente a legislação interna que exige a necessidade de o desaparecimento forçado estar “devidamente comprovado” para que seja possível atribuir a autoria do crime a determinada pessoa.

33. Caso López Álvarez vs. Honduras

- A prisão preventiva está limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, constituindo a medida mais severa que se pode impor ao acusado.
- A decretação da prisão preventiva requer um juízo de proporcionalidade.
- As características pessoais do acusado e a gravidade do delito não são, por si mesmas, justificativas suficientes para decretar a prisão preventiva.
- A prisão preventiva obrigatória é incompatível com a CADH.
- A Corte IDH adota os seguintes requisitos para aferir se o processo teve duração razoável: a) complexidade do caso; b) atividade processual do interessado; c) conduta das autoridades judiciais; e d) afetação atual gerada pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa.
- O termo inicial da contagem da duração razoável do processo é o primeiro ato de procedimento dirigido contra a pessoa, enquanto que o termo final é a satisfação da garantia do duplo grau de jurisdição.
- O interrogatório prestado na fase investigatória deve contar com a presença da

defesa técnica.

- A vedação a pessoa indígena presa de se expressar no próprio idioma não é uma consequência necessária da privação da liberdade, consistindo, portanto, em violação do direito à liberdade de expressão.

34. Caso Goiburú e outros vs. Paraguai

- O acesso à justiça é norma de *jus cogens*.
- É agravada a responsabilidade internacional do Estado que, além de permitir a prática de atos de tortura e de desaparecimentos forçados praticados pelos seus agentes, ainda se omite em investigar os fatos de forma efetiva.
- O crime de desaparecimento forçado deve ser considerado contínuo ou permanente enquanto não se descobrir o destino ou o paradeiro da vítima.
- As expressões *terrorismo de Estado*, *política de Estado* e *crime de Estado* não se confundem. O *terrorismo de Estado* é materializado nas situações em que o Estado se converte em terrorista, planta medo e alarma na população, causando a angústia que perturba gravemente a paz no seio da sociedade. A *política de Estado* é materializada nas situações em que o Estado assume um plano e o desenvolve por meio de certas condutas que se disciplinam ao fim desenhado pelo próprio Estado. Já o *crime de Estado* ocorre na hipótese em que o próprio Estado comete crimes, como, por exemplo, nos casos envolvendo agentes estatais no período ditatorial.

35. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile

- A Corte IDH inaugurou a doutrina do controle de convencionalidade.
- Os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, uma vez que há um costume internacional neste sentido.
- Há uma confluência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal. Essa confluência pode ser verificada a partir do conceito de crimes contra a humanidade.
- As leis de autoanistia violam a CADH e o direito de acesso à justiça.
- A jurisdição militar deve julgar apenas agentes militares. O julgamento de civis pela Justiça Militar viola a CADH.

36. Caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru

- Primeiro caso de aplicação da Convenção de Belém do Pará e também o primeiro caso sobre violência de gênero contra a mulher.

37. Caso da Chacina da Rochela vs. Colômbia

- Não é possível postular a anulação ou a modificação da sentença proferida pela Corte IDH via pedido de interpretação.
- A educação em direitos humanos consiste em uma forma de reparação de violações de direitos humanos.

- A proibição de toda e qualquer forma de tortura integra o domínio do *jus cogens*.

38. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador

- O direito a ser informado sobre as razões da prisão (CADH, art. 7.4) deve ensejar a que o responsável pela prisão a explique numa linguagem simples, livre de tecnicismos, sendo insuficiente que mencione apenas a base legal. Não se exige que estas informações sejam prestadas por escrito.
- A apresentação da pessoa ao Ministério Público não satisfaz a garantia prevista no art. 7.5 da CADH (audiência de custódia).
- A presença do juiz no momento da prisão não afasta a necessidade da audiência de custódia.
- É incompatível com a CADH a prisão com base em meras conjecturas ou para atender a fins preventivo-gerais ou preventivo-especiais.
- A prisão preventiva deve ser submetida a revisão periódica.
- Primeira vez que a Corte IDH se manifestou sobre as medidas cautelares reais ou patrimoniais.

39. Caso do Povo Saramaka vs. Suriname

- Não é necessária a autorização do líder da comunidade tradicional para que a comunidade esteja apta a provocar o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.
- Não há litispendência internacional entre procedimentos de relatórios especiais de organismos do sistema global e o processo contencioso perante a Corte IDH.
- O direito de consulta às comunidades tradicionais deve ser prévio, livre e de boa-fé.
- Há uma distinção entre o direito de consulta e o dever de consentimento. O dever de obter o consentimento das comunidades indígenas é exigido nas hipóteses de grandes empreendimentos que possam vir a provocar a perda do território indígena ou comprometer significativamente a relação da comunidade indígena com a sua terra, o que, neste caso, inclui o acesso aos recursos fundamentais que fomentam a existência do grupo e de suas tradições culturais. Já o dever de consulta prévia, informada e de boa-fé é necessário diante de fatos que não envolvam a perda da terra indígena ou que possam comprometer significativamente a relação da comunidade tradicional com a sua terra.
- Não há a necessidade de individualizar cada um dos beneficiários das possíveis reparações a serem estipuladas pela Corte IDH nos casos que envolvem comunidades tradicionais inteiras.
- A construção de um posto de saúde pode ser estipulada como uma forma de compensação ao dano moral sofrido pelas vítimas.
- As comunidades indígenas não devem ser confundidas com as comunidades tribais. As comunidades indígenas são nativas da região que habitam, enquanto as comunidades tribais não são.

40. Caso Kimel vs. Argentina

- A liberdade de expressão, numa sociedade democrática, requer que o Estado não somente minimize as restrições à circulação da informação, mas também que equilibre, na medida do possível, a participação de diferentes informações no debate público, impulsionando o pluralismo informativo.
- A proteção da honra como bem jurídico penal é um fim legítimo de acordo com a CADH.
- A proteção da honra dos funcionários públicos se submete a um regime diferenciado, pois eles se expõem voluntariamente a um escrutínio mais exigente, exercendo atividades que saem do domínio da esfera privada para se inserir na esfera do debate público.

41. Caso Tristán Donoso vs. Panamá

- A utilização de tipos penais para censurar a liberdade de crítica e de expressão viola a CADH.
- Os indivíduos envolvidos com assuntos de interesse público estão submetidos a uma maior restrição no que tange ao seu direito à privacidade e à honra.

42. Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México

- Primeira vez que a Corte IDH analisou um caso envolvendo situação de violência estrutural de gênero.
- Primeira vez que um tribunal internacional de direitos humanos reconheceu a existência de "feminicídio" como crime.
- A Corte IDH possui competência para analisar violações de outros tratados que compõem o sistema interamericano, a exemplo da Convenção de Belém do Pará.
- O dano ao projeto de vida não pode ser reconhecido quando as vítimas não estiverem vivas.

43. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela

- O foro por prerrogativa de função é compatível com a CADH.
- A competência por conexão, no caso, por exemplo, em que um dos acusados possui foro por prerrogativa de função, ensejando a que o tribunal exerça um juízo atrativo do corréu sem foro, é compatível com a CADH.
- A garantia do duplo grau se aplica também quando o acusado é julgado pela instância judicial máxima do seu país.

44. Caso Vélez Loor vs. Panamá

- É inconveniente a fixação de políticas migratórias cujo foco principal seja a detenção arbitrária.
- O direito à audiência de custódia deve ser observado no caso de prisão decorrente

de situação migratória, sob pena de violação do art. 7.5 da CADH.

- É obrigatória a defesa técnica nos procedimentos administrativos ou judiciais que possam resultar em decisão de expulsão, deportação ou privação de liberdade.
- O direito à assistência consular deve ser observado em caso de prisão decorrente de situação migratória.
- Há uma verdadeira obrigação do Estado de separar as pessoas presas em razão de situação migratória irregular das pessoas presas em razão da prática de crimes.

45. Caso Gelman vs. Uruguai

- A aprovação de plebiscito pela população de determinado Estado não tem o condão de conferir roupagem de convencionalidade para determinada lei de anistia.
- O controle de convencionalidade é uma obrigação de toda autoridade pública, e não apenas dos membros do Poder Judiciário.
- A subtração de uma criança recém-nascida e a alteração da sua identidade caracteriza uma forma peculiar de desaparecimento forçado.

46. Caso López Mendoza vs. Venezuela

- O princípio da presunção de inocência deve ser aplicado aos processos administrativos.
- A restrição a direitos políticos decidida em processo de natureza não penal viola o art. 23.2 da CADH.
- A aplicação retroativa de normativas punitivas que restringem direitos políticos viola o art. 9.2 da CADH.

47. Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile

- Primeiro caso julgado pela Corte IDH sobre proteção do direito à diversidade sexual.
- A orientação sexual dos pais da criança não pode ser invocada para decidir processo judicial de guarda.
- A CADH não acolheu um modelo fechado ou tradicional de família.

48. Caso Povo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Equador

- É possível a utilização da Convenção 169 da OIT como vetor hermenêutico para a interpretação das demais obrigações de direitos humanos, ainda que o Estado não tenha a ratificado.
- O dever de consulta para com as comunidades indígenas deve ser prévio, livre e de boa-fé.

49. Caso Furlán e familiares vs. Argentina

- Primeiro caso de atuação da Defensoria Pública Interamericana.
- Os Estados americanos possuem um dever de incluir a pessoa com deficiência na

sociedade e de adotar medidas positivas para eliminar as barreiras impostas pela sociedade majoritária.

50. Caso Mohamed vs. Argentina

- A garantia do duplo grau de jurisdição nasce com a prolação de uma sentença desfavorável ao indivíduo. Assim, se o acusado é absolvido em primeira instância e depois condenado na segunda instância por meio de recurso do Ministério Público, a ele deve ser garantido um recurso de natureza ordinária para submeter sua condenação a um duplo grau, com ampla possibilidade de discutir fatos, provas e matéria jurídica.
- A garantia do duplo grau possui a característica da bilateralidade (e não da unilateralidade), destinando-se tanto à defesa quanto à acusação. A interposição de recurso pelo MP não consiste em *bis in idem*, já que este somente ocorre quando há um segundo julgamento após uma sentença absolutória transitada em julgado. Além disso, o julgamento do recurso da acusação não implica em novo processo, mas apenas numa outra etapa do mesmo processo.

51. Caso Artavia Murillo e outros (“fecundação in vitro”) vs. Costa Rica

- Primeiro precedente da Corte IDH em que a fecundação *in vitro* (FIV) foi analisada a partir dos direitos humanos.
- A decisão de ser pai ou mãe no sentido genético ou biológico está protegida pelo direito à vida privada (CADH, art. 11.2).
- O direito à maternidade consiste em parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres.
- Entre os argumentos invocados pela Corte IDH para reprovar a proibição da FIV se encontra o direito a gozar dos benefícios do progresso científico.
- A “concepção” a que se refere a CADH (art. 4.1) somente ocorre com a implantação do óvulo fecundado no útero.
- A proibição da FIV ocasiona um impacto desproporcional para um grupo determinado de pessoas (mulheres inférteis, casais sem condições financeiras para realizar a FIV no exterior etc.), gerando uma discriminação indireta.

52. Caso Mendoza e outros vs. Argentina

- A fixação de medidas privativas de liberdade de adolescentes obedece aos princípios de a) última *ratio*, b) de máxima brevidade, c) de delimitação temporal e de d) revisão periódica.
- A prisão perpétua de menores de idade é incompatível com a CADH.
- Considerando que, segundo a CADH, a pena deve ter por finalidade a reforma e a readaptação social dos condenados, pode-se concluir que um dos seus requisitos seja a temporalidade, pois não faria sentido reformar e adaptar alguém que viverá para sempre no cárcere. Por isso, a prisão perpétua é incompatível com a CADH.

53. Caso *Mémoli vs. Argentina*

- Caso em que o Direito Penal foi excepcionalmente utilizado para cercear a liberdade de expressão de profissionais da imprensa.
- Precedente criticado pela comunidade jurídica internacional por consistir em retrocesso na jurisprudência da Corte IDH sobre a liberdade de expressão.

54. Caso *Comunidades Afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) vs. Colômbia*

- Primeira vez que a Corte IDH utilizou o termo “comunidade afrodescendente”.
- A Corte IDH estendeu os direitos diferenciados dos povos indígenas para as comunidades afrodescendentes de forma direta e indireta.
- A prática do deslocamento forçado viola normas do Direito Internacional Humanitário.
- As vítimas do deslocamento forçado devem participar das decisões que dizem respeito ao retorno ao local de origem.
- A prática do deslocamento forçado de pessoas viola a garantia do respeito ao núcleo familiar prevista na CADH.

55. Caso *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*

- Primeiro caso julgado pela Corte IDH envolvendo o princípio do *non refoulement*.
- Atuação da Defensoria Pública Interamericana.
- Os institutos do refúgio e asilo podem ser submetidos ao crivo dos tribunais internacionais de direitos humanos.

56. Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*

- O princípio da irretroatividade da norma penal maligna não se aplica às leis processuais.
- A garantia do duplo grau se aplica também quando o indivíduo for julgado pela instância máxima do seu país.
- Embora não se discuta a importância da existência de um Tribunal Constitucional, a CADH não impõe aos Estados um modelo específico para realizar o controle de convencionalidade.

57. Caso *Brewer Carías vs. Venezuela*

- Primeira vez que a Corte IDH acolheu a exceção preliminar de ausência de esgotamento dos recursos internos.

58. Caso *Norín Catrimán e outros (dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*

- O princípio da máxima taxatividade legal tem uma importância especial na tipificação do crime de terrorismo.

- A presunção legal do “dolo terrorista” é incompatível com o princípio da legalidade.
- A testemunha anônima é compatível com a CADH, desde que a sua utilização seja excepcional e também que sejam adotadas medidas de contrapeso.

59. Caso Defensor de Direitos Humanos e outros vs. Guatemala

- A qualidade de Defensor de Direitos Humanos não está assentada na condição de particular ou de funcionário público, mas na atuação independente e sempre com vistas à proteção e à promoção dos direitos humanos.
- A Corte IDH fixou alguns parâmetros para analisar a adequação das medidas adotadas pelo Estado para proteger as atividades dos defensores de direitos humanos: a) estejam de acordo com as funções desempenhadas por eles; b) o nível de risco deve ser objeto de uma avaliação a fim de adotar e monitorar as medidas que se encontrem vigentes; e c) devem poder ser modificadas de acordo com a variação da intensidade do risco.

60. Caso Rodríguez Vera e outros (desaparecidos do Palácio de Justiça) vs. Colômbia

- A Corte IDH pode utilizar as normas do Direito Internacional Humanitário para interpretar as disposições da CADH.
- A Corte IDH não pode exercer um controle de legalidade sobre procedimentos que tramitam na CIDH.
- Toda e qualquer detenção deve ser registrada nos bancos de dados do Estado.
- A Cláusula Martens busca conferir um mínimo ético humanitário no âmbito dos conflitos armados.

61. Caso Arguelles e outros vs. Argentina

- Não se pode manter a prisão preventiva de um acusado com base no comportamento processual de outro acusado.
- A prisão preventiva deve ser limitada pelo princípio da proporcionalidade, de modo que uma pessoa considerada inocente não pode receber igual ou pior tratamento que uma pessoa condenada.
- Exige-se formação jurídica dos membros de tribunal militar com competência para apreciar matéria penal.
- O profissional que atua na defesa técnica deve obrigatoriamente ter formação jurídica.

62. Caso Granier e outros (Rádio Caracas de Televisão) vs. Venezuela

- A CADH não é aplicável às pessoas jurídicas.
- A mera utilização de pessoas jurídicas como forma de sustento por pessoas naturais não implica em proteger – diretamente – aquelas, pois a violação, neste cenário, atinge as pessoas físicas vinculadas com a empresa.
- Primeiro precedente da Corte IDH envolvendo de maneira direta a decisão de um

Estado de não renovar a concessão de um canal de televisão de sinal aberto.

- O direito à liberdade de expressão possui uma dupla dimensão, abrangendo não apenas o direito e a liberdade de se expressar (dimensão individual), mas também a liberdade de buscar e disseminar informações (dimensão social).
- A pluralidade dos meios de comunicação consiste em uma garantia efetiva para se preservar a liberdade de expressão.

63. Caso Wong Ho Wing vs. Peru

- Nos pedidos de cooperação internacional (extradição, auxílio direto, transferência internacional de presos etc.), os Estados devem respeitar os direitos humanos das pessoas envolvidas.
- Principal precedente da Corte IDH em matéria de extradição.

64. Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador

- A Corte IDH reconheceu pela primeira vez o fenômeno da interseccionalidade na proteção dos direitos humanos. A interseccionalidade retrata a incidência dos mais diversos fatores de discriminação em um caso concreto.
- Em situações de extrema vulnerabilidade, é possível equiparar uma pessoa com HIV à condição de pessoa com deficiência, nos termos da Convenção da ONU sobre Pessoa com Deficiência.

65. Caso Ruano Torres vs. El Salvador

- A declaração de corréu colaborador deve ter eficácia probatória limitada e não pode fundamentar, sozinha, uma condenação.
- A CADH não condiciona o direito à assistência jurídica gratuita no processo penal à hipossuficiência financeira, bastando a inatividade do acusado para nomear advogado.
- A defesa técnica prestada pela Defensoria Pública não deve ser concebida apenas como uma formalidade processual, exigindo-se, ao contrário, que o defensor público atue de forma diligente com o fim de proteger as garantias processuais do acusado e evite que seus direitos sejam violados.
- O Estado pode ser responsabilizado pela atuação deficiente da Defensoria Pública, desde que as falhas ou omissões sejam graves o bastante para não serem confundidas com uma mera discrepância de estratégia, sendo que a ausência de controle pelo Poder Judiciário pode deixar ainda mais evidente a responsabilidade estatal.
- O art. 341, § único, do CPC, segundo o qual “O ônus da impugnação especificada não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial”, deve ser considerado parcialmente inconveniente por violar o direito à defesa técnica materialmente eficaz.

66. Caso Velásquez Paiz e outros vs. Guatemala

- Tratando-se de crime violento cometido contra mulher, as autoridades estatais têm a obrigação de investigar de ofício as possíveis conotações discriminatórias por razão de gênero, especialmente quando existam indícios concretos de violência sexual.
- A forma de se vestir consiste em meio legítimo para exercer o direito à liberdade de expressão.

67. Caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname

- O fenômeno conhecido como dupla afetação das terras indígenas consiste em compatibilizar a proteção, em uma mesma propriedade, de interesses e direitos ambientais e direitos das comunidades tradicionais. A Corte IDH reconheceu a convencionalidade deste fenômeno.
- Os Estados devem realizar os estudos de impacto ambiental (EIA) como forma de proteção dos direitos das comunidades tradicionais.

68. Caso Duque vs. Colômbia

- A orientação sexual não pode ser entendida como fator determinante para impedir a obtenção do benefício denominado pensão por morte, sob pena de violação do art. 24 da CADH (direito à igualdade).

69. Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala

- O Estado se encontra numa posição especial de garante em relação às pessoas privadas de liberdade.
- Os serviços de saúde dos estabelecimentos penais devem manter um nível de qualidade equivalente àquele oferecido a quem não está privado de liberdade.
- As pessoas privadas de liberdade que sofram enfermidades graves, crônicas ou terminais não devem permanecer em estabelecimentos prisionais, salvo quando o Estado possa assegurar que têm unidades adequadas de atenção médica para lhes oferecer uma atenção e tratamento especializado adequados.
- Para que possa aprisionar pessoas com deficiência, o Estado deve ajustar um ambiente no qual o sujeito com qualquer limitação possa gozar da maior independência possível, para que participe plenamente em todos os aspectos da vida em igualdade de condições com as demais.

70. Caso Flor Freire vs. Equador

- A orientação sexual não deve ser fator determinante para selecionar quem deve ou não ser membro das Forças Armadas, sob pena de violação do art. 24 da CADH (direito à igualdade).

71. Caso I.V. vs. Bolívia

- O Estado tem uma obrigação positiva – ou uma obrigação de transparência ativa –

de transmitir de ofício as informações necessárias às pessoas para que estas possam compreender e acessar os serviços de saúde.

- Elementos que compõem o consentimento informado: a) caráter prévio; b) caráter livre; e c) caráter pleno e informado.

72. Caso V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua

- Primeiro caso de abuso sexual contra criança.
- A Corte IDH ressaltou a importância de se assegurar às crianças e adolescentes a efetiva participação em processo penais na condição de vítimas.
- As crianças e adolescentes devem contar com o fornecimento gratuito de assistência jurídica, independentemente dos recursos econômicos dos genitores e, inclusive, da opinião destes.
- As garantias que compõem o devido processo legal não se aplicam somente para as pessoas acusadas de um crime – como sugere uma interpretação literal do art. 8.2 da CADH –, estendendo-se também para as vítimas do crime (ou seus familiares), a quem deve ser assegurado o efetivo acesso à justiça.
- O julgamento por jurados (tribunal do júri) é compatível com a CADH.
- Exige-se imparcialidade dos jurados no julgamento pelo tribunal do júri.
- O sistema de livre convencimento dos jurados, sem a exteriorização da motivação da decisão, é compatível com a CADH.
- Atuação da Defensoria Pública Interamericana.

73. Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala

- Segundo a Corte IDH, a coisa julgada fraudulenta ou aparente ocorre quando um julgamento não observa as regras do devido processo ou quando o julgador não tenha atuado com independência e imparcialidade.
- A relativização da coisa julgada também está prevista no Estatuto de Roma do TPI (art. 20.3).

74. Caso Martínez Coronado vs. Guatemala

- Para a Corte IDH, não é qualquer inconsistência ou divergência nas declarações de corréus que impede a defesa técnica comum.
- De acordo com a LC 80/94 (art. 4º-A, V), consiste em direito dos assistidos “a atuação de defensores públicos distintos, quando verificada a existência de interesses antagônicos ou colidentes entre destinatários de suas funções”.

75. Caso Órdenes Guerra e outros vs. Chile

- A Corte IDH, que até então possuía uma jurisprudência consolidada somente a respeito da impossibilidade de aplicação do instituto da prescrição para isentar o Estado da sua obrigação de investigar e punir autores de graves violações de direitos humanos – como os crimes contra a humanidade praticados no contexto das

ditaduras –, avançou para estabelecer que as ações cíveis de reparação em face de graves violações de direitos humanos também são imprescritíveis.

- A Corte IDH esclareceu que não é qualquer violação de direitos humanos que ensejará a imprescritibilidade da correspondente ação cível de ressarcimento, mas apenas quando se tratar de crimes contra a humanidade.
- O recebimento de uma reparação na via administrativa não impede a vítima de buscar uma indenização por danos morais na via judicial, tratando-se de reparações complementares e não excludentes.
- O STJ entende que não se aplica o prazo decadencial quinquenal estabelecido no Decreto nº 20.910/1932 aos casos de violação de direitos humanos no contexto da ditadura militar.
- O STJ entende que “É possível cumular a indenização do dano moral com a reparação econômica da Lei nº 10.559/2002 (Lei da Anistia Política)” (Súmula 624).

76. Caso Lagos del Campo vs. Peru

- Ressaltando que a liberdade de expressão é uma condição necessária para o exercício das organizações de trabalhadores, que dela se valem para proteger seus direitos trabalhistas e melhorar suas condições de trabalho, a Corte IDH estabeleceu que a obrigação de garantir os direitos humanos previstos na CADH pressupõe obrigações positivas para o Estado a fim de protegê-los inclusive na esfera privada.
- Primeira vez que a Corte IDH reconheceu uma violação direta ao art. 26 da CADH, superando o seu entendimento a respeito da judicialização indireta ou mediata dos direitos econômicos, sociais e culturais.

77. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile

- Atuação de defensoria pública interamericana do Brasil.
- De acordo com a Corte IDH, o conteúdo do art. 26 da CADH abrange dois tipos de obrigações, sendo uma de natureza progressiva e outra de caráter imediato.
- Seguindo o entendimento adotado no *Caso Lagos del Campo vs. Peru*, a Corte IDH reconheceu pela primeira vez o direito à saúde de forma autônoma no *Caso Poblete Vilches*.
- Primeiro precedente da Corte IDH sobre direitos das pessoas idosas em matéria de saúde.
- Reconhecimento das pessoas idosas como grupo vulnerável.

78. Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname

- Primeiro caso em que a Corte IDH determinou uma medida de reparação consistente em obrigação de fazer de cunho material.
- Primeiro caso envolvendo a temática do Direito das Sucessões na jurisdição da Corte IDH.
- Primeiro caso da Corte IDH envolvendo direito dos povos indígenas.

79. Caso Castañeda Gutman vs. México

- A Corte IDH concluiu pela convencionalidade do sistema eleitoral que proíbe a candidatura avulsa ou independente.
- A candidatura avulsa ou independente ainda é proibida no Brasil. O tema deve ser enfrentado muito em breve pelo STF, que admitiu a repercussão geral da matéria.

80. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai

- Enquanto o vínculo espiritual e material da identidade dos povos indígenas continuar existente em relação às suas terras tradicionais, subsiste o direito desses povos à recuperação de suas terras.
- Não se pode analisar se o nome de determinada comunidade indígena está de acordo com suas tradições, bem como se determinada comunidade indígena pertence realmente à determinada etnia, sendo tais matérias de atribuição exclusiva dos membros da comunidade indígena.

81. Caso Gudiel Álvares e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala

- Ao interpretar o art. 16.1 da CADH (direito à liberdade de associação), a Corte IDH estabeleceu que é possível extrair uma obrigação dúplice para o Estado a partir do mencionado dispositivo, sendo uma de natureza negativa, consistente na não intervenção na liberdade das pessoas de se associarem livremente umas com as outras, e outra de caráter positivo, consistente na prevenção de atentados contra a liberdade de associação, bem como na proteção dos associados, inclusive com a investigação de eventual violação do direito à liberdade de associação.
- Embora o art. 11 da CADH seja intitulado como “Proteção da honra e da dignidade”, o seu conteúdo inclui, entre outros, a proteção da vida privada, sendo que o conceito de vida privada compreende também a vida sexual.
- Caráter dúplice do dever do Estado diante de uma situação de deslocamento forçado de pessoas: não basta adotar medidas de proteção, mas também disponibilizar as condições necessárias para facilitar um retorno voluntário, digno e seguro ao seu lugar de residência habitual ou a seu reassentamento voluntário em outra parte do país, tudo isso com a participação e anuência dos deslocados.

82. Caso Gutiérrez Hernandez e outros vs. Guatemala

- Para a Corte IDH, para que uma lei que combata a violência contra a mulher seja convencional, ela deve ser capaz de prevenir, punir ou erradicar a violência contra a mulher quando a referida violência é perpetrada por pessoas com quem a vítima: a) estava casada ou vinculada legalmente; b) viveu em coabitação ou atualmente mora junto; c) conviveu ou teve convívio, sem a necessidade de existir vínculo sentimental; d) possui ou possuiu uma relação de natureza sentimental ou sexual, sem a necessidade de qualquer vínculo legal; e) possui ou vai possuir um filho ou filha; f) é parente ou familiar; g) possuiu relação de intimidade, noivado, amizade

ou companheirismo; h) trabalhou como empregada doméstica para aquela pessoa, ou qualquer outra situação de violência contra a mulher praticada por pessoas que pretendam ou pretendiam, de forma reiterada e contínua uma relação amorosa ou de intimidade com a vítima.

- Em situações de violência contra mulher, para que uma investigação seja séria, imparcial e efetiva, ela deve ser conduzida livre de estereótipos de gênero.
- Devem ser aferidos três elementos cumulativos para que determinado desaparecimento seja classificado como forçado: a) a privação de liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou a aquiescência deles; e c) a negativa por parte do Estado em reconhecer a detenção e em revelar o paradeiro da pessoa desaparecida.

83. Caso Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala

- Primeiro caso envolvendo o tema da adoção internacional na jurisdição contenciosa da Corte IDH.
- Para que um procedimento de adoção internacional seja compatível com a CADH, ele deve observar os seguintes parâmetros: a) as crianças e adolescentes devem estar legalmente habilitadas para adoção (adotabilidade); b) deve ser levado em consideração o princípio do superior interesse da criança e do adolescente; c) o direito das crianças e adolescentes de serem ouvidos deve ser garantido; d) o procedimento deve ser iniciado após esgotadas as tentativas de adoção no país de origem dos infantes (princípio da subsidiariedade da adoção internacional); e e) não deve existir nenhum interesse ou benefício econômico indevido por nenhum dos envolvidos no procedimento de adoção internacional (princípio da proibição de benefícios econômicos indevidos).
- Os estereótipos de gênero devem ser rejeitados para determinar o que é “papel de pai” e o que deve ser compreendido como “papel da mãe” na educação e cuidado dos filhos.
- O combate à corrupção e a defesa dos direitos humanos são temas harmônicos e convergentes.

84. Caso das Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México

- O Estado foi responsável por atos de violência sexual cometidos por um agente estatal contra mulheres durante a detenção e posterior traslado para um estabelecimento prisional.

85. Caso Viviana Gallardo e outras vs. Costa Rica

- O procedimento perante a CIDH não foi concebido no interesse exclusivo do Estado, de modo que este não pode renunciá-lo.
- Como o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos é um meio de defesa do Estado, ele pode ser renunciado, explícita ou implicitamente.

Capítulo 2

Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos contenciosos contra o Brasil

1. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil

- Primeiro caso envolvendo violações de direitos humanos de pessoa com deficiência mental.
- O Estado responde pela ação de toda entidade, pública ou privada, que esteja autorizada a atuar com capacidade estatal, tal como ocorre quando se prestam serviços em nome do Estado.
- Primeira condenação do Brasil na Corte IDH.
- O uso da sujeição pode violar o direito à integridade física dos pacientes, devendo ser aplicado somente em casos excepcionais, do modo menos restritivo, pelo período absolutamente necessário e em condições que respeitem a dignidade do paciente.

2. Caso Nogueira de Carvalho e outro vs. Brasil

- Primeira absolvição do Brasil perante a Corte IDH.
- A atuação da Corte IDH para determinar que o Estado investigue, processe e puna os responsáveis pela violação de direitos humanos encontra alguns limites.
- Primeiro caso julgado pela Corte IDH sobre violação de direitos humanos contra “defensores de direitos humanos”.

3. Caso Escher e outros vs. Brasil

- O sigilo das comunicações telefônicas também é protegido pelo direito à vida privada (CADH, art. 11.2).
- A divulgação de conversas telefônicas interceptadas consiste em ingerência arbitrária e ilegal na vida privada, na honra e na reputação dos indivíduos.
- A Corte IDH também concluiu que o Estado brasileiro violou o direito à liberdade de associação reconhecido no art. 16 da CADH.

4. Caso Garibaldi vs. Brasil

- O dever de os Estados investigarem a violação de direitos humanos é uma obrigação de meio e não de resultado.
- A Corte IDH reconheceu o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) como um grupo vulnerável.
- O Brasil não cumpriu com a determinação da Corte IDH de investigar e punir os autores do assassinato de Sétimo Garibaldi. No julgamento do REsp 1.351.177, o STJ concluiu que, não havendo prova nova, a investigação permaneceria arquivada nos termos do art. 18 do CPP e da Súmula 524 do STF.

5. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil

- Primeiro caso brasileiro envolvendo justiça de transição.
- A justiça de transição possui quatro dimensões: a) direito à verdade; b) direito à memória; c) direito à reparação das vítimas; e d) reforma e redemocratização das instituições envolvidas com a ditadura militar.
- O dever de investigar e punir os crimes contra a humanidade é uma norma de *jus cogens*.
- O crime de desaparecimento forçado deve ser considerado contínuo ou permanente enquanto não se descobrir o destino ou o paradeiro da vítima. Tal situação possibilitou a condenação do Brasil por violações de direitos humanos cometidos antes de sua adesão à jurisdição da Corte IDH.
- A Corte IDH proferiu um mandado internacional implícito de criminalização para o Brasil: a tipificação do crime de desaparecimento forçado. Este mandado ainda não foi cumprido.

6. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil

- Primeira condenação do Brasil na jurisdição contenciosa da Corte IDH pela existência de trabalho escravo em seu território.
- A proibição do trabalho escravo consiste em uma norma de *jus cogens*.
- Primeira vez que a Corte IDH reconheceu uma discriminação estrutural histórica.
- Elementos para caracterização da escravidão: a) o estado ou a condição de um indivíduo; e b) o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada ao ponto de anular a sua personalidade.
- O crime de escravidão cometido no contexto de violações de direitos humanos é imprescritível.
- O art. 6.1 da CADH protege toda e qualquer pessoa.

7. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil

- Atuação da Defensoria Pública da União e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo como *amicus curiae*.
- Repúdio aos denominados “autos de resistência à prisão”.
- Circunstâncias que colocam em risco a independência dos investigadores no caso de morte decorrente de intervenção estatal: a) os policiais investigadores são os mesmos policiais potencialmente suspeitos; b) são colegas dos acusados; c) têm uma relação hierárquica com os acusados; d) a conduta dos órgãos investigadores indica uma falta de independência, como a falha em adotar determinadas medidas fundamentais para esclarecer o caso e, quando necessário, punir os responsáveis; e) um valor excessivo conferido à versão dos acusados; f) a omissão em explorar determinadas linhas de investigação que eram claramente necessárias; ou g) inércia excessiva.
- O ordenamento jurídico brasileiro impede que as vítimas ou seus familiares par-

tipicam ativamente da fase de investigação, pois limita essa participação à fase judicial, o que constitui uma violação ao art. 25.1 da CADH. A partir desse contexto, concluir-se que o art. 268 do CPP se revela inconveniente.

- A Corte IDH fixou parâmetros relativos à devida diligência e prazo razoável em casos de violência sexual.
- A Corte IDH determinou que a Procuradoria-Geral da República analisasse se os fatos referentes ao caso devem ser objeto de solicitação de IDC para a Justiça Federal.
- Não são admissíveis nenhum tipo de obstáculos processuais que impeçam a investigação de graves violações de direitos humanos.
- Os crimes de violação sexual podem ser considerados como uma forma de tortura.
- A Corte IDH possui competência para decidir sobre violações de direitos humanos previstos na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

8. Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil

- Primeiro caso brasileiro sobre comunidades indígenas na jurisdição contenciosa da Corte IDH.
- O art. 21 da CADH deve ser interpretado à luz das normas da Convenção 169 da OIT e da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

9. Caso Herzog e outros vs. Brasil

- Segunda condenação do Brasil na jurisdição contenciosa da Corte IDH por fatos ocorridos durante o período da ditadura militar.
- A garantia do *ne bis in idem* é relativa em face dos crimes contra a humanidade.

Capítulo 3

Medidas de urgência no sistema interamericano de proteção de direitos humanos

1. Medidas provisórias da Corte IDH em relação ao Brasil

- Com a exceção da medida provisória indeferida pela Corte IDH no *Caso Gomes Lund*, todas as demais medidas provisórias adotadas pela Corte contra o Brasil referem-se a violações de direitos humanos no interior de estabelecimentos prisionais.
- Em resolução do dia 22.05.2014, a Corte IDH impôs ao Brasil a obrigação de eliminar a prática de revistas humilhantes que afetem a intimidade e a dignidade dos visitantes do Complexo Penitenciário de Curado, em Pernambuco.
- Em resolução de medidas provisórias adotadas contra o Brasil no *Caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*, a Corte IDH estabeleceu o seguinte: a) o aprisionamento em contexto de superpopulação carcerária consiste em tratamento cruel, desumano ou degradante e viola, portanto, o art. 5.2 da CADH; b) o aprisionamento em contexto de superpopulação carcerária também viola o art. 5.6 da CADH ao inviabilizar a finalidade essencial de reforma e readaptação social das pessoas presas; c) embora a privação de liberdade implique necessariamente uma cota de

dor ou aflição inevitável, quando as condições de aprisionamento se deterioram até dar lugar a uma pena degradante como consequência da superpopulação o seu conteúdo se torna ilícito ou antijurídico; d) há basicamente duas soluções para esse problema, sendo que uma propõe a liberação direta dos presos, considerando ser intolerável que o Estado de Direito execute penas degradantes, e outra propõe que sejam trabalhadas medidas de redução da população carcerária, em geral mediante um cálculo de tempo de privação de liberdade que abrevie o tempo real de aprisionamento; e) a forma de calcular a diminuição do tempo real de aprisionamento depende do contexto da situação concreta, sendo que no caso do IPPSC, levando-se em conta que a densidade da superpopulação penal é de 200% - ou seja, duas vezes a sua capacidade -, o tempo de pena ou de prisão preventiva realmente sofrido deve ser computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes; f) a Corte IDH não adota a solução que classifica como “radical”, consistente na liberação direta das pessoas presas em condições degradantes; g) presos acusados de crimes contra a vida e a integridade física, ou de natureza sexual, ou por eles condenados, demandam uma abordagem particularizada, devendo a redução do tempo de aprisionamento compensatório ser verificada em cada caso, a partir de um exame ou perícia técnica criminológica que indique, segundo o prognóstico de conduta que resulte e, em particular, com base em indicadores de agressividade da pessoa, se cabe a redução do tempo real de privação de liberdade, na forma citada de 50%, se isso é aconselhável, em virtude de um prognóstico de conduta totalmente negativo, ou se se deve abreviar em medida inferior a 50%.

2. Medidas cautelares da CIDH em relação ao Brasil

- A maioria das medidas cautelares determinadas pela CIDH em relação ao Brasil referem-se à violação de direitos humanos de povos indígenas, reclusos em estabelecimentos prisionais, defensores de direitos humanos e pessoas ameaçadas por policiais.
- O Brasil descumpriu a medida cautelar determinada pela CIDH no *Caso Belo Monte*.

3. Caso B. vs. El Salvador

- A Corte IDH concluiu pela convencionalidade do aborto de feto anencéfalo à luz do direito à vida da gestante.

Capítulo 4

Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos

1. OC-1/1982: “Outros tratados” objeto da função consultiva da Corte (art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

- A Corte IDH pode exercer a sua competência consultiva, em geral, sobre toda disposição, concernente à proteção dos direitos humanos, de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados Americanos, independentemente de que seja bilateral ou multilateral, de qual seja seu objeto principal ou de quem sejam ou possam ser

partes do mesmo Estados alheios ao sistema interamericano.

- A Corte IDH pode abster-se de responder uma consulta se entender que, nas circunstâncias do caso, a petição exceda dos limites de sua função consultiva, seja porque o assunto apresentado diga respeito principalmente a compromissos internacionais contraídos por um Estado não americano ou a estrutura ou funcionamento de órgãos ou organismos internacionais alheios ao sistema interamericano, seja porque o trâmite da solicitação possa conduzir a alterar ou a debilitar, em prejuízo do ser humano, o regime previsto pela CADH, seja por outra razão análoga.

2. OC-2/1982: O efeito das reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

- A CADH entra em vigor para um Estado que a ratifique ou que venha a aderir a ela, com ou sem reservas, na data do depósito do instrumento de ratificação ou adesão, sem que se exija, portanto, a manifestação ou a concordância dos demais Estados Partes da CADH sobre o conteúdo das reservas apresentadas.

3. OC-3/1983: Restrições à pena de morte (arts. 4.2 e 4.4 da CADH)

- A CADH proíbe absolutamente a extensão da pena de morte. Por isso, não pode o Governo de um Estado Parte aplicar a pena de morte a crimes para os quais não estava contemplada anteriormente em sua legislação interna.

4. OC-4/1984: Proposta de modificação da Constituição da Costa Rica relacionada com a naturalização

- Primeira solicitação de OC feita com base no art. 64.2 da CADH (*opinião consultiva de compatibilidade*).
- Sempre que uma convenção internacional se refira a “leis internas” sem qualificar de alguma forma esta expressão ou sem que do seu contexto resulte um sentido mais estrito, a referência é para toda a legislação nacional e para todas as normas jurídicas de qualquer natureza, incluindo disposições constitucionais.
- Admite-se pedido de opinião consultiva sobre projeto de lei.
- A Corte IDH acabou admitindo expressamente uma margem de apreciação aos Estados sobre a fixação dos requisitos exigidos para a naturalização, desde que não sejam arbitrários ou discriminatórios.

5. OC-5/1985: O registro profissional obrigatório de jornalistas (arts. 13 e 29 da CADH)

- O registro profissional obrigatório de jornalistas, na medida em que impeça o acesso de qualquer pessoa ao uso pleno dos meios de comunicação social como veículo para se expressar ou para transmitir informação, é incompatível com o art. 13 da CADH.
- O STF chegou à mesma conclusão que a Corte IDH.

6. OC-6/1986: A expressão “leis” no artigo 30 da CADH

- A palavra “leis” no art. 30 da CADH significa norma jurídica de caráter geral, visando o bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados Partes para a formação das leis.

7. OC-7/1986: Exibibilidade do direito de retificação ou resposta (arts. 14.1, 1.1 e 2º da CADH)

- O art. 14.1 da CADH reconhece um direito de retificação ou resposta internacionalmente exigível e que, de acordo com o art. 1.1, os Estados Partes têm a obrigação de respeitar e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição.

8. OC-8/1987: O *habeas corpus* sob suspensão de garantias (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 da CADH)

- Os procedimentos jurídicos consagrados nos artigos 25.1 e 7.6 da CADH não podem ser suspensos conforme o seu art. 27.2, porque constituem garantias judiciais indispensáveis para proteger direitos e liberdades que tampouco podem ser suspensos segundo a mesma disposição.

9. OC-9/1987: Garantias judiciais em estados de emergência (arts. 27.2, 25 e 8º da CADH)

- Devem ser consideradas como garantias judiciais indispensáveis não suscetíveis de suspensão, segundo o estabelecido no art. 27.2 da CADH, o *habeas corpus* (art. 7.6), o amparo ou qualquer outro recurso efetivo ante os juízes ou tribunais competentes (art. 25.1) destinado a assegurar o respeito aos direitos e às liberdades cuja suspensão não está autorizada pela Convenção.

10. OC-10/1990: Interpretação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem no marco do art. 64 da CADH

- O art. 64.1 da CADH autoriza a Corte para, a pedido de um Estado Membro da OEA ou, no que lhes compete, de um dos órgãos da OEA, emitir opiniões consultivas sobre a interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no marco e dentro dos limites de sua competência em relação com a Carta e a Convenção ou outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

11. OC-11/1990: Exceções ao esgotamento dos recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a e 46.2.b da CADH)

- Por razões de indigência ou pelo temor generalizado dos advogados para representá-la legalmente, a pessoa pode ser ver impedida de utilizar os recursos internos necessários para proteger um direito assegurado pela CADH. Nesse caso, o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos não lhe será exigido.
- Se um Estado Parte provar a disponibilidade dos recursos internos, a pessoa deve demonstrar que são aplicáveis as exceções do art. 46.2 da CADH e que se viu im-

pedida de obter a assistência legal necessária para a proteção ou garantia de direitos reconhecidos na Convenção.

12. OC-12/1991: Compatibilidade de um projeto de lei com o art. 8.2.h da CADH

- A Corte IDH resolveu não responder à consulta apresentada pela Costa Rica porque a questão também estava sendo debatida em diversos casos contenciosos perante a CIDH.

13. OC-13/1993: Certas atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

- A CIDH é competente, nos termos das atribuições conferidas pelos artigos 41 e 42 da Convenção, para qualificar qualquer norma do direito interno de um Estado-parte como violação das obrigações que este assumiu ao ratificar ou aderir a ela, porém não é para opinar se contradiz ou não o regulamento jurídico interno do referido Estado.
- Declarada inadmissível uma petição ou comunicação, não cabe à CIDH pronunciar-se sobre o mérito.
- Os artigos 50 e 51 da CADH contemplam dois relatórios separados, cujo conteúdo pode ser similar, sendo que o primeiro deles não pode ser publicado. O segundo pode ser publicado após prévia decisão da CIDH, adotada por maioria absoluta de votos, depois de passado o prazo outorgado ao Estado para tomar as medidas adequadas.
- Os relatórios dos artigos 50 e 51 da CADH não podem ser publicados num único relatório.

14. OC-14/1994: Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção

- A expedição de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção constitui uma violação desta e, no caso de essa violação afetar direitos e liberdades protegidos de indivíduos determinados, gera a responsabilidade internacional do Estado.
- O cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei manifestamente violatória da Convenção gera responsabilidade internacional para o Estado. No caso em que o ato de cumprimento constitua *per se* um crime internacional, gera também a responsabilidade internacional dos agentes ou funcionários que executaram o ato.

15. OC-15/1997: Informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

- A CIDH, no exercício das atribuições conferidas pelo art. 51 da CADH, não está autorizada a modificar as opiniões, conclusões e recomendações transmitidas a um Estado Membro, salvo em situações excepcionais como cumprimento parcial ou total das recomendações e conclusões contidas nesse relatório, existência de erros materiais no relatório sobre os fatos do caso ou, também, o descobrimento de fatos

que não foram conhecidos no momento de se emitir o relatório e que tivessem uma influência decisiva no conteúdo dele. A solicitação de modificação somente pode ser promovida pelas partes interessadas, isto é, os petiçãoários e o Estado, antes da publicação do próprio relatório, dentro de um prazo razoável contado a partir de sua notificação. Em tal hipótese se lhes outorgará às partes interessadas a oportunidade de debater sobre os fatos ou erros materiais que motivaram sua petição, de acordo com o princípio de equidade processual. Sob nenhuma circunstância a Comissão está autorizada pela Convenção para emitir um terceiro relatório.

16. OC-16/1999: O direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo legal

- O art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece ao detido estrangeiro direitos individuais, entre eles o direito à informação sobre a assistência consular, aos quais correspondem deveres correlativos a cargo do Estado receptor.
- A expressão “sem tardar” utilizada no art. 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares significa que o Estado deve cumprir seu dever de informar o detido sobre os direitos que lhe reconhece este preceito no momento de privá-lo de liberdade e, em todo caso, antes de prestar sua primeira declaração perante a autoridade.
- A inobservância do direito à informação do detido estrangeiro, reconhecido no art. 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, afeta as garantias do devido processo legal e, nestas circunstâncias, a imposição da pena de morte constitui uma violação do direito a não ser privado da vida “arbitrariamente”, nos termos das disposições relevantes dos tratados de direitos humanos.

17. OC-17/2002: Condição jurídica e direitos humanos da criança

- As crianças são titulares de direitos e não somente objeto de proteção.
- A expressão “interesse superior da criança”, consagrada no art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, implica que o desenvolvimento desta e o exercício pleno de seus direitos devem ser considerados como critérios reitores para a elaboração de normas e para a aplicação destas em todas as ordens relativas à vida da criança.
- Os menores de 18 anos a quem se atribua a prática de uma conduta delituosa devem ser sujeitos a órgãos jurisdicionais distintos dos correspondentes aos maiores de idade.

18. OC-18/2003: Condição jurídica e direitos humanos dos migrantes indocumentados

- O direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no contexto das garantias mínimas que devem ser oferecidas a todo migrante, independentemente do seu *status* migratório.
- O Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacionais ou estrangeiros, e não tolerar situações de discriminação em detrimento destes nas relações

de trabalho que se estabeleçam entre particulares (empregador-trabalhador). O Estado não deve permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual viole os padrões mínimos internacionais.

- Os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que correspondem aos demais trabalhadores do Estado receptor.
- Os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio de igualdade perante a lei e de não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório.

19. OC-19/2005: Controle de legalidade no exercício das atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

- A CIDH, como órgão do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, tem plena autonomia e independência no exercício do seu mandato conforme a CADH.
- A Corte IDH, no exercício de suas funções, efetua o controle de legalidade das atuações da Comissão no que se refere ao trâmite dos assuntos que estejam sob o conhecimento da própria Corte, conforme a competência que lhe confere a Convenção Americana e outros instrumentos interamericanos de proteção dos direitos humanos.

20. OC-20/1999: Artigo 55 da CADH

- A possibilidade de os Estados Partes, no caso submetido à Corte IDH, de nomear um juiz *ad hoc* para que integre o tribunal quando este não tiver um juiz de sua nacionalidade, restringe-se aos casos contenciosos originados de comunicações interestatais (art. 45 da CADH), não se aplicando aos casos originados de petições individuais (art. 44 da CADH).
- O juiz nacional do Estado demandado não deve participar do conhecimento de casos contenciosos originados de petições individuais.

21. OC-21/2014: Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional

- A Corte IDH estabeleceu, com a maior precisão possível, quais são as obrigações estatais a respeito de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional.

22. OC-22/2016: Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

- Pessoas jurídicas não são titulares dos direitos consagrados na CADH.
- As comunidades indígenas e tribais são titulares dos direitos protegidos pela CADH e, portanto, podem acessar o sistema interamericano.
- O art. 8.1 do Protocolo de San Salvador outorga titularidade de direitos aos sindicatos, às federações e às confederações, o que lhes permite apresentarem-se

perante o sistema interamericano em defesa de seus próprios direitos no marco do estabelecido no referido dispositivo.

- As pessoas físicas podem chegar a exercer seus direitos através de pessoas jurídicas, de modo que nestas situações poderão acessar o sistema interamericano para apresentar as presumidas violações a seus direitos.
- As pessoas físicas, em algumas situações, podem esgotar os recursos internos mediante recursos interpostos pelas pessoas jurídicas.

23. OC-23/2017: Meio ambiente e direitos humanos

- As pessoas cujos direitos convencionais foram violados por causa de um dano transfronteiriço se encontram sob a jurisdição do Estado de origem do referido dano, na medida que esse Estado exerce um controle efetivo sobre as atividades que são conduzidas em seu território ou sob sua jurisdição.
- Com o propósito de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade das pessoas sob sua jurisdição, os Estados têm a obrigação de prevenir danos ambientais significativos, dentro ou fora do seu território, devendo regular, supervisionar e fiscalizar as atividades sob sua jurisdição que possam produzir um dano significativo ao meio ambiente; realizar estudos de impacto ambiental quando exista risco de dano significativo ao meio ambiente; estabelecer um plano de contingência para o fim de ter medidas de segurança e procedimentos para minimizar a possibilidade de grandes acidentes ambientais, e limitar o dano ambiental significativo que tenha produzido.
- Os Estados devem atuar conforme o princípio da precaução para o fim de proteger o direito à vida e à integridade pessoal frente a possíveis danos graves ou irreversíveis ao meio ambiente, mesmo na ausência de certeza científica.
- Com o propósito de garantir os direitos à vida e à integridade das pessoas sob sua jurisdição, em relação à proteção do meio ambiente, os Estados têm a obrigação de garantir o direito ao acesso à informação relacionada com possíveis afetações ao meio ambiente, o direito à participação pública das pessoas sob sua jurisdição na tomada de decisões e políticas que possam afetar o meio ambiente, assim como o direito de acesso à justiça em relação com as obrigações ambientais estatais.

24. OC-24/2017: Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casas do mesmo sexo. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo

- A mudança de nome e em geral a adequação dos registros públicos e dos documentos de identidade para que estes sejam conformes à identidade de gênero autopercebida constitui um direito protegido pela CADH, de modo que os Estados estão na obrigação de reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos adequados para tais fins.
- Os Estados devem garantir que as pessoas interessadas na retificação da anotação do gênero ou no caso as menções do sexo, sem mudar seu nome, adequar sua imagem nos registros e/ou nos documentos de identidade de conformidade com sua identidade de gênero autopercebida, possam acessar um procedimento ou trâmite: a)

focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que sejam exigidos requisitos como certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes; c) deve ser confidencial. Ademais, as mudanças, correções ou adequações nos registros, e os documentos de identidade não devem refletir as mudanças em conformidade com a identidade de gênero; d) deve ser rápido e na medida do possível gratuito; e e) não deve exigir operações cirúrgicas e/ou hormonais. O procedimento que melhor se adequa a esses elementos é o procedimento ou trâmite materialmente administrativo ou notarial. Os Estados podem oferecer paralelamente uma via administrativa, que possibilite a escolha pela pessoa.

- A CADH, em virtude do direito à proteção da vida privada e familiar, assim como do direito à proteção da família, protege o vínculo familiar que possa derivar de uma relação de um casal do mesmo sexo.
- O Estado deve reconhecer e garantir todos os direitos que derivem de um vínculo familiar entre pessoas do mesmo sexo.

25. OC-25/2018: A instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no Sistema Interamericano de Proteção

- O direito à buscar e receber asilo no marco do sistema interamericano se encontra configurado como um direito humano a buscar e receber proteção internacional em território estrangeiro, incluindo com esta expressão o estatuto do refugiado segundo os instrumentos pertinentes das Nações Unidas ou as correspondentes leis nacionais, e o asilo territorial conforme as diversas convenções interamericanas sobre a matéria.
- O princípio da não devolução é exigível por qualquer pessoa estrangeira, incluídas aquelas em busca de proteção internacional, sobre a qual o Estado em questão esteja exercendo autoridade ou que se encontre sob seu controle efetivo, independentemente de se encontrar no território terrestre, fluvial, marítimo ou aéreo do Estado.
- O princípio da não devolução exige não somente que a pessoa não seja devolvida, mas também impõe obrigações positivas para os Estados.

Capítulo 5

Casos contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos

1. Caso José Pereira vs. Brasil

- O Brasil assumiu um compromisso internacional de defender a competência federal para julgamento do crime de redução à condição análoga à de escravo.
- Primeiro acordo de solução amistosa envolvendo o Brasil.

2. Caso Meninos Emasculados do Maranhão vs. Brasil

- Pela primeira vez o Brasil celebrou um acordo de solução amistosa na CIDH após a admissibilidade do caso e antes da deliberação final.

- O Estado não pode alegar que o fato foi praticado por ente federado para eximir-se da responsabilidade internacional pela violação de direitos humanos.

3. Caso Maria da Penha Fernandes vs. Brasil

- Primeira vez que a CIDH aplicou a Convenção de Belém do Pará.

4. Caso Jailton Neri da Fonseca vs. Brasil

- Primeiro caso brasileiro sobre violação do direito à audiência de custódia na CIDH.

5. Caso Simone André Diniz vs. Brasil

- Primeira vez que um país membro da OEA é responsabilizado na CIDH por racismo.
- O caso se tornou paradigma do denominado racismo institucional, que é aquele praticado, permitido ou não punido por autoridades estatais.

6. Caso Carandiru

- O caso retrata um cenário de impunidade das violações de direitos humanos ocorridas no estabelecimento prisional do Carandiru e o descumprimento das recomendações da CIDH pelo Brasil.

7. Caso Luiza Melinho vs. Brasil

- A CIDH não afirmou no *Caso Luiza Melinho* que os recursos de natureza extraordinária nunca devem ser esgotados pela vítima, mas sim admitiu a petição da vítima – sem a interposição daqueles recursos (especial e extraordinário) – pelo fato de ter constatado uma demora injustificada na tramitação do processo perante a jurisdição interna, o que excepciona a regra do esgotamento dos recursos internos conforme o art. 46.2.c da CADH.
- A orientação sexual, a identidade de gênero e a não discriminação por motivos de gênero são componentes fundamentais da vida privada das pessoas.

Capítulo 6

Comentários Gerais dos Comitês da Organização das Nações Unidas (ONU)

Considerada a grande quantidade de comentários gerais dos Comitês da ONU, inserir aqui um resumo de cada um deles tornaria a obra excessivamente longa. Por isso, remetemos o leitor para o texto do Capítulo 6, no qual os comentários gerais já estão devidamente resumidos.

Capítulo 7

O Brasil no sistema global de proteção dos direitos humanos

1. Caso Alyne Pimentel Teixeira vs. Brasil

- Trata-se da primeira condenação do Brasil no sistema global de proteção dos direitos

humanos. O Comitê concluiu que o Estado brasileiro atuou de forma insuficiente na proteção dos direitos humanos à vida, à saúde, à igualdade e à não discriminação no acesso à saúde, e também considerou que o Estado falhou ao não garantir à família de Alyne o acesso efetivo à justiça.

- Primeira vez que o Comitê aceitou uma denúncia sobre mortalidade materna.

2. Caso Lula

- O fundamento normativo da competência do Comitê de Direitos Humanos para determinar medidas provisórias se encontra na Regra 92 das suas Regras de Procedimento.
- Discute-se sobre a natureza das decisões do Comitê de Direitos Humanos, se vinculantes ou meramente sugestivas para os Estados. Defendemos a natureza vinculante.
- O Brasil descumpriu as medidas provisórias determinadas pelo Comitê de Direitos Humanos.

Capítulo 8

Decisões da Corte Internacional de Justiça

1. Caso Reino Unido vs. Albânia (Estreito de Corfu)

- Trata-se do primeiro caso julgado pela CIJ.
- O direito de passagem inocente é uma norma consuetudinária de direito internacional.
- A Albânia aceitou de forma tácita a jurisdição da CIJ.
- O direito de passagem inocente é aplicável aos navios militares.

2. Caso Bélgica vs. Espanha (Barcelona Traction)

- O conceito de obrigações *erga omnes* surgiu a partir deste precedente.
- O caso aborda o tema da proteção diplomática, situação na qual o Estado adjudica o conflito de seus nacionais, uma vez que esse Estado se responsabiliza por um evento que ocorre inicialmente em âmbito doméstico externo e envolve apenas os seus nacionais.

3. Caso Colômbia vs. Peru ("Haya de La Torres")

- O asilo diplomático é um costume internacional regional, aplicado apenas no âmbito da América Latina.
- Não cabe ao Estado asilante realizar a análise acerca da natureza do delito ou dos motivos da perseguição para a concessão do asilo diplomático. No entanto, com o advento da Convenção sobre Asilo Diplomático, tal entendimento foi superado.

4. Caso Congo vs. Bélgica (Caso Yerodia)

- A imunidade de Ministro das Relações Exteriores é absoluta e equivale à imunidade

diplomática.

- A jurisdição universal penal *in absentia* é aquela que permite a aplicação extraterritorial da lei interna aos autores de crimes de *jus cogens*, ainda que estes jamais tenham estado no território do Estado emissor da ordem internacional de captura.
- Não há um costume internacional que permita a aplicação da jurisdição penal *in absentia*.

5. Caso Alemanha vs. Itália e Grécia como terceiro interveniente

- Nem mesmo as graves violações de direitos humanos cometidas no âmbito da Segunda Guerra Mundial relativizam a imunidade de jurisdição estatal.
- Somente os atos de império estão abrangidos pela imunidade de jurisdição estatal. Os atos de gestão não gozam deste privilégio.

6. Caso Bélgica vs. Senegal (Caso Habré)

- A Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes prevê uma modalidade de jurisdição universal para o crime de tortura.
- A cláusula *aut dedere, aut judicare* é aquela que obriga os Estados a tomarem providências para levar os autores de crimes de *jus cogens* a julgamento.

7. Caso Chile vs. Peru (“Disputa Marítima”)

- A Declaração de Santiago de 1952 possui natureza jurídica de tratado internacional.
- As normas que delimitam as zonas econômicas exclusivas entre Estados com costas adjacentes possuem caráter de norma consuetudinária de direito internacional.
- É possível a aplicação das regras de interpretação dos tratados internacionais previstas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados às convenções internacionais firmadas em momento anterior à CVDT.

8. Caso Austrália vs. Japão (Caso das atividades baleeiras)

- O programa de atividades baleeiras de titularidade do Estado japonês conhecido como “JARPA II” violou a Convenção Internacional para a Regulação das Atividades Baleeiras.

9. Caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)

- Para a nacionalidade ser oponível a outros Estados no plano internacional deve existir um vínculo efetivo e genuíno entre o Estado e o indivíduo.

10. Caso México vs. Estados Unidos (“Caso Avena e outros Cidadãos Mexicanos”)

- Importância do direito à notificação e à assistência consular aos indivíduos detidos em país estrangeiro.

Capítulo 9

Pareceres consultivos da Corte Internacional de Justiça

1. Caso Folke Bernadote

- As organizações internacionais possuem personalidade jurídica de direito internacional.
- Assim como os Estados podem exercer o instituto da proteção diplomática, as organizações internacionais podem exercer o instituto da proteção funcional, realizando a defesa e a proteção de seus funcionários.

Capítulo 10

Decisões do Tribunal Penal Internacional

1. Caso Thomas Lubanga Dyilo

- Primeira condenação proferida pelo TPI.
- A utilização das testemunhas de ouvi dizer deve ser excepcional.

2. Caso Mathieu Ngudjolo Chui

- Primeira absolvição proferida pelo TPI.

3. Caso Germain Katanga

- Segunda condenação proferida pelo TPI.

4. Caso Jean Pierre Bemba

- Utilização pela primeira vez do princípio do comando ou da responsabilidade superior para condenar um indivíduo por crimes contra praticados por seus subordinados.
- Aplicação do princípio da irrelevância da qualidade oficial.

5. Caso Ahamad Al-Faqi Al-Mahdi

- Precedente importante para a comunidade internacional, pois o TPI enfrentou a questão da impunidade da destruição de patrimônio cultural.

6. Caso Omar Al Bashir “Caso Darfur”

- Primeiro litígio internacional que o Conselho de Segurança da ONU adjudicou e remeteu o caso ao TPI.

Capítulo 11

Decisões de outros tribunais penais internacionais

1. Caso Charles Taylor (TESL)

- Condenação proferida por um Tribunal internacional híbrido. Tribunal interna-

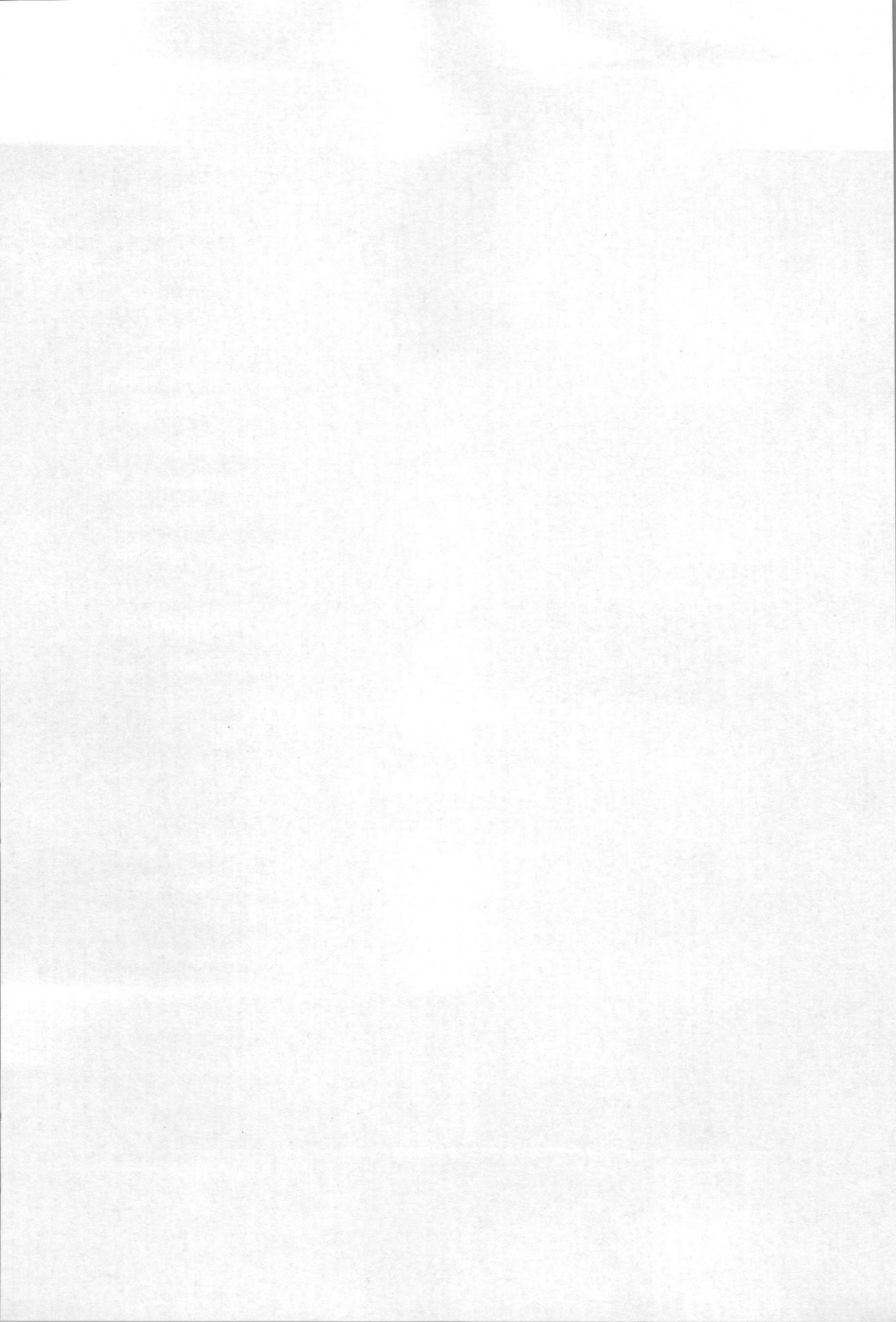
cional híbrido é aquele cuja formação resulta de solicitação do governo do Estado onde os crimes ocorreram. O Tribunal Especial para Serra Leoa (TESL) foi criado com a realização de um acordo entre o governo local e a ONU.

2. Caso Dusko Tadic (TPII)

- Primeiro caso julgado pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.
- A Câmara de Apelação do TPII reconheceu a possibilidade de existirem crimes contra a humanidade sem que fosse necessária uma situação de guerra para a caracterização desses delitos.

Anexo 2:

Índice remissivo temático



ANEXO 2: ÍNDICE REMISSIVO TEMÁTICO

Assistência consular

- Páginas 215-217, 486-489 e 708-709

Ato médico

- Páginas 136 e 297

Audiência de custódia

- Páginas 60-61, 80-81, 135, 155, 197, 214-215, 272-273, 540 e 565-566

Autonomia reprodutiva

- Páginas 237-238, 587-599 e 672-673

Bis in idem

- Páginas 65-66, 235-236, 308-312, 414-415 e 573

Coisa julgada fraudulenta ou aparente

- Páginas 308-312

Controle de convencionalidade

- Páginas 99-100, 181-188 e 219-220

Cooperação jurídica internacional

- Páginas 270-271

Correlação entre acusação e sentença

- Páginas 146, 148

Corrupção

- Páginas 354-357

Crimes que violam direitos humanos

- Páginas 110, 119-122, 188-189, 380-383, 385, 394-395, 404-405, 414-415, 547-548, 549-551 e 757-758

Dano ao projeto de vida

- Páginas 68-70, 80 e 211

Dano espiritual

- Páginas 141-142

Defensores de direitos humanos

- Páginas 260-261, 369-370 e 435-438

Desacato

- Páginas 163-165 e 166-168

Desaparecimento forçado

- Páginas 58, 60, 61, 73, 86-87, 169-170, 179, 180, 220, 349-351, 387 e 390-391

Direito à diversidade sexual

- Páginas 226-228, 289-290, 293, 294-296, 509-514, 555-558 e 588-589

Direito à liberdade de associação

- Páginas 98, 137-138 e 346-347

Direito à liberdade de expressão

- Páginas 99, 100-103, 107, 127-128, 163-165, 205, 206, 207-208, 242-244, 268-270, 285-286, 319, 415-418, 470-472, 568-570 e 581-582

Direito à nacionalidade

- Páginas 106, 158-159, 466-470 e 707-708

Direito à gozar dos benefícios do progresso científico

- Páginas 238 e 593

Direito à privacidade

- Páginas 371-373

Direito à vida

- Páginas 79, 238 e 563-564

Direito ao prazo razoável

- Páginas 155-156, 174-176 e 403-404

Direito ao recurso no processo penal

- Páginas 75, 212-213, 234-236, 253 e 573

Direitos das crianças e adolescentes

- Páginas 80-81, 123, 130-131, 132-133, 158, 240-241, 299-302, 345-346, 352-357, 489-492, 498-501, 638-640, 648-649, 653-666 e 740

Direitos das pessoas presas

- Páginas 85-86, 87, 130, 154-155, 197, 216, 291-293, 429-435 e 548-549

Direito de defesa no processo penal

- Páginas 119, 123-124, 154, 156-157, 173-174, 176-177, 198, 266-267, 280-282, 313-314 e 572-573

Direito de reunião

- Páginas 358-359

Direito Internacional Humanitário

- Páginas 262-264

Direitos políticos

- Páginas 149, 222-224, 339-343, 578 e 644-645

Direito previdenciário

- Páginas 116, 117-118, 289 e 591-592

Direitos econômicos, sociais e culturais

- Páginas 117, 320-330, 331-335, 584-587, 590 e 593-612

Devido processo

- Páginas 97-98, 106-107 e 571-572

Habeas corpus

- Páginas 62-65, 474-479 e 567-568

Interseccionalidade

- Páginas 275-276

Julgamento por jurados

- Páginas 302-304

Justiça de transição

- Páginas 378-392 e 415

Justiça Militar

- Páginas 75, 76-78, 82, 84, 166, 189 e 266

Lei de anistia

- Páginas 109, 125, 189, 219-220 e 388-390

Medidas de reparação

- Páginas 87, 124-125, 195, 202, 282-283, 315-318 e 336

Meio ambiente

- Páginas 142, 287-288, 503-509 e 633-634

Migração e refúgio

- Páginas 214-216, 248-251, 271-272, 492-495, 514-517, 637-638, 641-642, 647-652 e 687-689

Não discriminação

- Páginas 149-153, 238-239, 293-294, 353, 393-304, 509-514, 542, 575-576, 588, 593, 612-618 e 624-628

Pena de morte

- Páginas 113-116, 160-162 e 464-466

Pessoa com deficiência

- Páginas 230-233, 276-277, 278-279, 292-293, 367, 624-632 e 663-664

Pessoas jurídicas

- Páginas 268 e 501-503

População em situação de rua

- Páginas 81 e 655-657

Povos indígenas

- Páginas 111, 112, 124, 125, 142, 143-144, 177-178, 199-200, 200-202, 203-204, 229-230, 245-246, 287-288, 337, 344-346, 407-412 e 439

Presunção de inocência

- Páginas 222 e 572

Princípio da legalidade penal

- Página 74

Princípio da irretroatividade

- Páginas 97, 252-253 e 441-444

Prisão preventiva

- Páginas 123, 132-133, 134, 155, 172-173, 174, 197-198, 266 e 565

Processo de *impeachment*

- Páginas 92-96

Princípios de interpretação dos tratados de direitos humanos

- Páginas 111-112

Questões de procedimento para apuração de responsabilidade internacional do Estado no sistema interamericano

- Páginas 58-60, 66-68, 71-72, 105, 116-117, 126-127, 146, 195, 200, 255, 264-265, 360-362, 480-481, 482-484, 485-486, 495, 495-498 e 553-555

Quilombolas

- Páginas 246-247

Reincidência

- Páginas 146-148

Responsabilidade do Estado

- Páginas 367, 374-377, 386, 485, 536 e 548

Revista íntima ou vexatória

- Páginas 428-429

Terrorismo

- Páginas 257-259

Tortura

- Páginas 131, 134, 139, 195, 405-406, 567, 619-624 e 697-703

Trabalho escravo

- Páginas 393, 394-398 e 534

Violência contra a mulher

- Páginas 190-191, 209-211, 284-286, 348-350, 358, 405-406, 539-540 e 576

Violência policial

- Páginas 400-402

BIBLIOGRAFIA

Bibliografia

ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALBUQUERQUE GALDINO, Juliana Luiza de Araújo. *Candidaturas avulsas são compatíveis com o sistema jurídico brasileiro?*. In: Revista de Estudos Eleitorais, Recife, v. 1, número 2.

ALLAIN, Jean. The jus cogens Nature of non-refoulement. *International Journal of Refugee Law*. Oxford Journals. Disponível em: <<http://ijrl.oxfordjournals.org/content/13/4/533.full.pdf>>.

AMADO, Frederico. *Direito ambiental esquematizado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

AMBOS, Kai; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: RT, 2013.

_____; BÖHM, María Laura. *El tipo penal de la desaparición forzada de personas*. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_03.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2016.

ANDREU-GUZMÁN, Federico. *Tribunales Militares y graves violaciones de derechos humanos*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2011.

ANTKOWIAKI, Thomas. Comentário do artigo 9º. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

ARAS, Vladimir. *A difusão vermelha no Brasil*. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2010/02/21/a-difusao-vermelha/>>.

_____. *Corrupção e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2018/11/22/corruptao-e-direitos-humanos-no-sistema-interamericano/>>. Acesso em: 27 out. 2019.

ARLETTAZ, Fernando. La nacionalidad en el derecho internacional americano. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015.

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha; BASTOS, Cleonice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 4, out.-dez. 1993.

AUNIÓN, Antonio Muñoz (coord.). *Por la abolición universal de la pena de muerte*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional. Estudo sobre sua admissibilidade e valoração*. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/a-utilizacao-da-hearsay-witness-na-corte-penal-internacional-estudo-sobre-sua-admissibilidade-e-valoracao-1.html>>.

_____. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*. In: Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos nº 11, enero-junio 1990. San José: IIDH.

BARBOZA, Estefânia; TOMAZONI, Larissa. *Interpretação Constitucional Feminista e a Jurisprudência do STF*. In: FACHIN, Melissa Girardi; DA SILVA, Christine Oliveira Peter e BARBOZA, Estefânia. *Constitucionalismo Feminista*. Bahia: Juspodivm, 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Violações em massa e reparações: as contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BASTOS, Ronaldo. *O imperialismo dos Direitos Humanos e a Falsidade de Suas Premissas*. Disponível em: <<http://diplomatieque.org.br/o-imperialismo-dos-direitos-humanos-e-a-falsidade-das-suas-premissas/>>.

BASULTO, Marcela Cecilia Rivera. *Justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Después de Lagos del Campo, qué sigue?* In: Revista IIDH nº 67, enero-junio 2018.

BELOFF, Mary. Comentário ao artigo 18. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

_____. Comentário do artigo 20. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

BEZELAIRE, Jean Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. São Paulo: Manole, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/direito-ao-esquecimento-a-censura-no-retrovisor>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BOHÓRQUEZ, Ana Carolina Pérez. El agotamiento previo de la acción de inconstitucionalidad para acceder al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. *Verba Juris*, Bogotá, n. 30, jul.-dic. 2013.

BOVINO, Alberto. *La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos, año 2, n. 3, 2005.

BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio; NIKKEN, Pedro. *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Caracas/San José: IIDH, 1990.

_____; GROSSMAN, Claudio; NIKKEN, Pedro. *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Caracas/San José: Editorial Jurídica Venezolana e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

_____; NORRIS, Robert E.; SHELTON, Dinah. *La protección de los derechos humanos en las américas*. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

CAMARGO, Caroline Leite; ARÊA JÚNIOR, Teófilo Marcelo Leão. *Teoria do “direito de não nascer” e a sua aplicação no direito civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.publica-direito.com.br/artigos/?cod=1eff77814e0b3238>>.

CAMPOS MACHADO, Isabel Penido de. *Por quem os sinos sobram: aportes da Corte Interamericana para o fortalecimento do Programa de Proteção a Defensores e Defensoras de Direitos*

Humanos no Brasil (PPDDH). In: Direitos Humanos Fundamentais: 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e 20 anos do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as mudanças na aplicação do direito no Brasil. Brasília: MPF, 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional, y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. *El Otro Derecho*, Bogotá, n. 35, dez. 2006.

_____, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O esgotamento dos recursos internos no Direito Internacional*. 2a ed. Brasília: UNB, 1997.

_____, Antônio Augusto. *Os tribunais internacionais e a realização de justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CARBONELL, Miguel. *La libertad de asociación en el constitucionalismo de América Latina*. In: Direitos Fundamentais & Justiça nº 12 – jul./set. 2010.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. *Convencionalização do Direito Civil: a aplicação de tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas*. Revista de Direito Internacional (UNICEUB), Brasília, v. 12, n. 2, p. 341-354, jul/dez 2015.

CARVALHO, Volgane Oliveira. *O Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos e seus reflexos sobre a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990)*. In: Estudos Eleitorais, v. 9, número 2, maio/agosto 2014, Brasília.

_____. *O caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos e seus reflexos sobre a lei das inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990)*. Estudos Eleitorais, Brasília, DF, v. 9, n. 2, p. 106-122, maio-ago. 2014.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *La reparación civil en casos de violaciones a los derechos humanos y la imprescriptibilidad de la acción civil: estudio de casos*. In: Revista Derecho del Estado, núm. 22, junio-, 2009.

CHAVARRÍA, Ana Belem García. *La prueba en la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016.

CHEDIAK, Jorge. *Justiça de transição. Manual para a América Latina*. ONU. Brasil e Nova Iorque. p. 16. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>.

CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ius et Praxis*, vol. 20, n. 2, Talca, 2014.

CONTRÓ, Mónica González. Trascendencia de los criterios y la jurisprudencia interamericanos de derechos humanos en el área de adolescentes en conflicto con la ley penal. In: RAMÍREZ, Sergio García; MARISCAL, Olga Islas de; FERRUSCA, Peláez Mercedes (coords.). *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*. México, 2014.

CORIA, Dino Carlos Caro. *La prueba en el crimen de desaparición forzada de personas*

conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. México: Konrad-Adenauer-Stiftung – Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2011.

COSTAS, Douzinas. *O fim dos direitos humanos*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2008.

CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1989.

CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DANTAS, Carla. *Direito de petição do indivíduo no sistema global de proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://sur.conectas.org/direito-de-peticao-individuo-no-sistema-global-de-protecao-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em 14.10.2010.

DÍAS, Leandro A. La timidez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mohamed v. Argentina”. *Revista de Derecho Penal e Procesal Penal*, Buenos Aires, 2014, fasc. 3.

DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DURÁN, Carlos Villán. *Manual sobre el sistema universal de protección de los derechos humanos*. Genebra: Universidad para la Paz, 2016.

FAGANELLO, Priscila Liane Fett. Caso Omar Al Bashir: Um precedente que se abre no sistema jurídico brasileiro. *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Minas Gerais: Arraes Editores, 2015.

FALCÓN, Candelaria Aráoz. Dano ao “projeto de vida”: um novo horizonte às reparações dentro do sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Editora Unijuí, ano 3, n. 5, 2015.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. *O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro*. In: *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2016.

FILLIPPINI, Leonardo. *El prestigio de los derechos humanos: respuesta a Daniel Pastor*. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/filippin.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

FISCHER, Douglas. O princípio da ampla defesa e as condutas com intuito meramente protelatório no procedimento processual penal. *Revista dos Tribunais*, vol. 761, mar. 1999.

_____; PEREIRA, Frederico Valdez. *As Obrigações Processuais Penais Positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Revista da UFSC*, v. 23, n. 44, 2002.

FONSÊCA, Vitor. *Processo Civil e Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2018.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Verso books, 2004.

GAMBOA, José Francisco Calderón. *Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a derechos humanos*. México: Editorial Porrúa, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: CEL, 2018.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRECO, Luís et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. 2ª ed. São Paulo: D'Plácido, 2016.

GUTIÉRREZ, Juan Carlos; CANTÚ, Silviano. La restricción a la jurisdicción militar en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 7, n. 13, 2010.

GUZMÁN, Nicolás. *El neopunitivismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un pronóstico incierto para el ne bis in idem y la cosa juzgada*. In: (coord.) GUZMÁN, Nicolás; PASTOR, Daniel R. *Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

HEEMANN, Thimotie Aragon. *A atuação do Ministério Público na tutela dos direitos das pessoas em situação de rua à luz da Constituição Federal de 1988*. In: CAMBI, Eduardo (org). *30 anos da Constituição Federal de 1988 e o Ministério Público: avanços, retrocessos e os novos desafios*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

_____. *A concretização de direitos humanos da população LGBTI no Estado brasileiro a partir de um diálogo com a jurisprudência internacional*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná n. 10, 2019.

_____. *Breves notas sobre o novo direito das pessoas com deficiência a partir dos influxos do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná, nº 9, 2018.

_____. *O exercício do controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público*. In: Revista Jurídica do MP-PR, ano 4 – nº 7, dezembro/2017.

HITTERS, Juan Carlos. *Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de convencionalidade y convencionalidade)*. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 10, julio-diciembre 2008.

Humm, Maggie. *The dictionary of feminist theory*. Columbus: Ohio State University Press, 1990.

HUNGRIA, Nelson. A criminalidade política no direito brasileiro. *Revista Forense*, vol. 188, a. 87, mar.-abr. 1960.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. MIGUENS, Marcela Siqueira. *Justiça de transição: uma aplicação do Princípio de Chicago à realidade brasileira. Justiça de transição: das anistias às comissões da verdade*. São Paulo: RT, 2014.

LEAL, César Barros. *A execução penal à luz da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n. 17/18, dez. 2018.

LEDESMA, Héctor Faúndez. *El agotamiento de los recursos internos no sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. In: *Revista IIDH* nº 46, julio-diciembre 2007.

_____. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3. ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

LEISTER, Margareth. *Do desaparecimento forçado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <https://www.academia.edu/3670556/Do_desaparecimento_forçado_na_jurisprudência_da_Corte_Interamericana_de_Direitos_Humanos_e_no_Supremo_Tribunal_Federal>. Acesso em: 21 dez. 2016.

LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *Persecução penal e cooperação internacional direta pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LIMA, Raquel da Cruz. *O Direito Penal dos Direitos Humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2018.

LUZ, Denise. Os múltiplos processos punitivos brasileiros e a Convenção Americana de Direitos Humanos: uma necessária reflexão sobre a cumulação da ação civil de improbidade administrativa com a ação penal e o princípio do *non bis in idem*. *Boletim Informativo IBRASPP*, ano 02, n. 03, 2012/02.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (coords.). *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*. UNAM-IIIJ. México, 2011.

_____. Juicio político a jueces, independencia judicial y desvío de poder (sobre el Caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador). In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor Felipe; PÉREZ, Luis Raúl González; VALADÉS, Diego (coords.). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Tomo III: Justicia. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

_____. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2017.

_____. ANTONIAZZI, Mariela Morales; PANTOJA, Rogelio Flores (coords.). *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana el caso Lagos*

del Campo e los nuevos desafíos. Instituto de Estudios Constitucionales: México, 2018.

MACHADO, Isabel Penido Campos. O princípio da igualdade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: do tratamento diferenciado ao tratamento discriminatório. In: OLIVEIRA, Márcio Luis (coord.). *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: interfaces com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MACHADO, Marta Rodrigues; MACHADO, Maira Rocha; FERREIRA, Luisa Moraes de Abreu. “Nueremberg às avessas”: o massacre do Carandiru e as decisões de responsabilização em casos de violações de direitos humanos. In: RCJ – Revista Culturas Jurídicas, vol. 3, núm. 5, 2016.

MALAN, Diogo. Caso Escher e outros vs. Brasil e sua importância para o processo penal brasileiro. *Boletim Informativo IBRASPP*, ano 2, n. 3, 2012/02.

MARÇAL, Vinicius; MASSON, Cléber. *Crime organizado*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2016.

_____. *Crime Organizado*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*. 2ª ed. São Paulo RT, 2001.

MARTINS, Fernanda; GOTINSKI, Aline. *Estudos feministas por um direito menos machista*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MARX, Ivan Cláudio. *Justiça de transição – necessidade e factibilidade da punição aos crimes da Ditadura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MATA, Alfonso Chacón. *La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el estado de derecho contemporáneo*. In: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. Prefácio em TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *Greening no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2011.

MENEZES, Rafael de Sá. O Caso Favela Nova Brasília: rumo ao controle e à auditabilidade do uso excessivo da força policial?. In: Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 6, p. 92-105, set 2017.

MONTEIRO, Vitor de Andrade. *Direito à Moradia Adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MOSER, Patricia Tarre. *La jurisprudencia de excepciones preliminares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016.

MOURA, Raquel Giovanini de. *Princípios de Paris: Defensoria Pública da União como instituição nacional de direitos humanos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5392, 6 abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65221>. Acesso em: 4 out. 2019.

NAVIA, Rafael Nieto. *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos*. Bogotá: Editorial Temis, 1993.

NETO, Luiz Octavio Rabelo. *Competência da Justiça Militar da União para julgamento de civis: compatibilidade constitucional e com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos*. In: Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar – vol. 25, n. 2 (jan./

jun. 2016) – Brasília: Superior Tribunal Militar.

NETO, Olympio de Sá Sotto Maior; MOURA, Rafael Osvaldo Machado e; FRANCESCHI, Ana Carolina Pinto. *Combate à Corrupção e Defesa dos Direitos Humanos: Interesses Harmônicos ou Colidentes?* Curitiba, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná nº 10, 2019.

NIKKEN, Pedro. *La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: Memoria del Seminario “El sistema de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI”. 2ª ed. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, vol. 1.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3ª ed. Belo Horizonte: CEJ, 2018.

_____. *Prática penal para Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PARAYRE, Sonia. La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 1, ene.-jun. 1985.

PARENTI, Pablo F. La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010.

PASTOR, Daniel R.; GUZMÁN, Nicolás (coords.) *Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

_____. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Argentina: Ad-Hoc, 2002.

_____. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. *Tensiones: ¿derechos fundamentales ó persecución penal sin limites?* Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

PAÚL, Álvaro. *Rechazo de solicitudes de opinión consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, enero-mayo 2017, vol. 8, nº 1.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do *non-refoulement*, sua natureza de *jus cogens*, e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28151.pdf>>.

PEIXOTO, Marcos Augusto Ramos. Há motivos para reincidir na reincidência? *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 62, abr.-set. 2013.

PIMENTEL, Sílvia; GREGORUT, Adriana. *Humanização do Direito Internacional: as recomendações gerais dos Comitês de Direitos Humanos da ONU e seu papel crucial na interpretação autorizada das normas de Direito Internacional*. In: SOUZA, Mércia Cardoso; QUINTÃO, Mario Lúcio (coords.). *A interface dos direitos humanos com o direito internacional*. Tomo II.

Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PLATES, José Rubens. *Direito fundamental ao governo honesto*. Escola Superior do Ministério Público da União. Boletim Científico n. 36 - Edição Especial – 2011, pp. 86-87, Acesso em: 28 out. 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Direito internacional público e privado*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014

PORTUGAL, Carlos Giovanni Pinto. *Responsabilidade Civil por Dano ao Projeto de Vida*. Curitiba: Juruá, 2016.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Homenagem às ideias de Julio B. J. Maier. Em torno da jurisdição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Luis Regis; MAILLO, Alfonso Serrano. *Curso de criminologia*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

PUENTE, Sofia Galván. *Ximenes Lopes: decisión emblemática en la protección de los derechos de las personas con discapacidad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nash. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: introducción a sus mecanismos de protección*. Chile: Centro de Derechos Humanos, 2007.

RAMÍREZ, Sergio García. *Derechos humanos para os menores de edad: perspectiva de la jurisdicción interamericana*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

_____. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana*. In: RAMÍREZ, Sérgio García. *La jurisdicción interamericana de derechos humanos (Estudios)*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006.

_____. *Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional*. Disponível em: <http://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/3-Sergio%20Garcia%20Ramirez.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte*. In: AUNIÓN, Antonio Muñoz (coord.). *Por la abolición universal de la pena de muerte*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

_____; GONZA, Alejandra. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. Arte, guerra e o direito internacional privado – Da espoliação nazista à Convenção Unidroit sobre a restituição de bens culturais. *Revista Jurídica Consulex*, v. 1, 2015.

_____. *Asilo e refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas*, p. 24. Artigo disponibilizado no site do autor: <www.academia.edu/andredecarvalhoramos>.

_____. *Curso de direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. In: PETERKE, Sven (coord.). *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Brasília: ESMPU/DF, 2010.

_____. *Linguagem dos direitos e a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências. Direitos humanos e direitos fundamentais. Diálogos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. *Processo internacional de direitos humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Isabel Montoya. Panorama general de la prueba ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: RAMÍREZ, Sergio García; MARISCAL, Olga Islas de; FERRUSCA, Peláez Mercedes (coords.). *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*. México, 2014.

RAPOSO, Vera Lúcia. As *wrongactions* no início da vida (*wrongfulconception, wrongfulbirth* e *wrongfullife*) e a responsabilidade médica. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, n. 21, 2010.

RIVAS, Juana María Ibáñez. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 1, ene.-jun. 1985.

ROA, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2015.

ROJAS, Claudio Nash. *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XIX*, Bogotá, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

RUBIO, David Sánchez. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SAGUES, Nestor Pedro. *El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus antecipos em el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeu*. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI,

Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (orgs.). *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*. Hacia un ius constitucional commune en América Latina. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 04/02/2017.

SÁNCHEZ, James Reátegui. Interdicción de la persecución penal múltiple. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 134, jun. 2014.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Una crítica a las doctrinas penales de la "luta contra la impunidad" e del "derecho de la victima al castigo del autor"*. In: REJ – Revista de Estudios de la Justicia nº 11, Año 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus intereses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Direitos fundamentais, Constituição e direito internacional: diálogos e fricções. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Por um constitucionalismo inclusivo*. História tradicional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Alexandre Pereira da. *Direito Internacional Penal (Direito Penal Internacional?): breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina*. In: Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, pp. 53-83, jan./jul. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Rodrigo da. *Discriminação Múltipla como Discriminação Interseccional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002, vol. 1.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. *Symposium Human Rights in Transition*. 16 *Harvard Human Rights Journal*, 2004.

TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *Greening no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2011.

TOJO, Liliana; ELIZALDE, Pilar. Comentário do Capítulo VII. In: STEINER, Christian;

URIBE, Patricia (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

TSUKAMOTO, Natalia Megumi. *Arquivamento de “autos de resistência” como hipótese de acionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: IBCCrim, Revista Liberdades, ed. 22, maio/agosto 2016.

VERA, Oscar Parra. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates*. In: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 13, nº 1, novembro de 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Prefácio: Carandiru, uma autópsia da omissão*. In: Carandiru não é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre. Coordenadoras: Máira Rocha Machado e Marta Rodríguez de Assis Machado. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.

VILARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

VITORELLI, Edilson. *Estatuto da igualdade racial e comunidades quilombolas*. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. *Estatuto do Índio*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

WALSH, Catherine. *La interculturalidad en la educación*, Lima: Ministério de Educación, 2005.

WEICHERT, Marlon. *Justiça transacional*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal – parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZILLI, Marcos. *Introdução: quem tem medo do Direito Penal Internacional?* In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição, v. 8.

_____; MONTECONRADO, Fabíola Girão; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. México: Konrad Adenauer Stiftung – Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2011.

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Passaram-se quase três anos desde a última edição deste livro. Circunstâncias pessoais e profissionais fizeram com que não cumpríssemos com o nosso plano de publicar uma nova edição sempre de forma bianual.

O leitor deve imaginar o quanto trabalhoso e demorado é o processo de atualização deste livro, que demanda a leitura e o resumo de decisões redigidas em outro idioma (inglês ou espanhol), além de nos impor uma pesquisa transversal por diversos ramos do Direito para explicar o impacto da jurisprudência internacional de direitos humanos.

De qualquer forma, garantimos ao leitor que valeu a pena esperar, e isso porque conseguimos concluir essa 3ª edição no nosso tempo, sem pressa, cuidando para que o Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos permanecesse uma obra singular no mercado editorial nacional (e até mesmo estrangeiro).

Com esta 3ª edição, reafirmamos o nosso compromisso – profissional e acadêmico – com a defesa dos direitos humanos. Esperamos que a obra possa servir aos que se preparam para concursos públicos, aos professores e aos aplicadores do Direito de um modo geral.

Os autores

3ª edição | 2020

